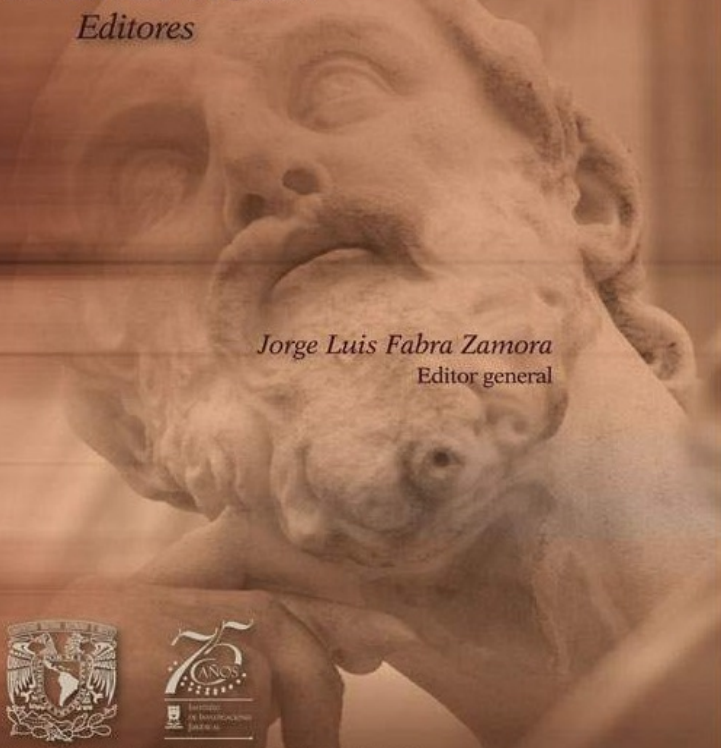
Enciclopedia de

filosofía y teoría del derecho

VOLUMEN UNO

Jorge Luis Fabra Zamora
Álvaro Núñez Vaquero
Editores

1



Jorge Luis Fabra Zamora
Editor general

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ENCICLOPEDIA DE FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

Jorge Luis Fabra Zamora
Editor general

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 712

Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez

ENCICLOPEDIA DE FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

VOLUMEN UNO

JORGE LUIS FABRA ZAMORA
ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO
Editores

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2015

Primera edición: 17 de marzo de 2015

DR © 2015, Universidad Nacional Autónoma de México

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México
ISBN (en trámite)

La presente Enciclopedia es producto de investigación del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena, en convenio con la Universidad de Medellín.

CONTENIDO

Prefacio XIII
Jorge Luis Fabra Zamora

Introducción al volumen uno XVII

Las concepciones del derecho

Iusnaturalismo

Capítulo 1
Iusnaturalismo Tradicional Clásico, Medieval e Ilustrado 3
Isabel Trujillo

Capítulo 2
Iusnaturalismo Contemporáneo 37
Cristóbal Orrego Sánchez

Positivismo Jurídico

Capítulo 3
El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX 63
Andrés Botero Bernal

Capítulo 4
Positivismo Jurídico Contemporáneo 171
José Juan Moreso

Capítulo 5
Teoría institucional del derecho 207
Joxerramon Bengoetxea

Realismo Jurídico

Capítulo 6
El Realismo Jurídico Europeo-Continental 227
Mauro Barberis

Capítulo 7
Realismo Jurídico Estadounidense 241
Brian Leiter

Post-Positivismo y Anti-Positivismo

Capítulo 8
El derecho como interpretación. La teoría Dworkiniana del derecho 279
Pablo Bonorino Ramírez

Capítulo 9
Derecho y argumentación. El puesto de la razón en la fundamentación de las decisiones judiciales. 325
Yezid Carrillo de la Rosa

Capítulo 10
Apuntes sobre "Neoconstitucionalismo" 363
Susanna Pozzolo

Metodología de la Filosofía y la Ciencia del Derecho

Capítulo 11
Metodología del derecho. Defensa parcial de una visión alternativa. 409
Verónica Rodríguez Blanco

Teorías jurídicas feministas y críticas

Capítulo 12
Estudios críticos del derecho 435
Andrés Molina Ochoa

Capítulo 13
Teorías jurídicas feministas 459
Rosa RICOY

Capítulo 14
Disciplina, soberanía, gubernamentalidad: Foucault y la teoría jurídica 501
Anne BARRON

Capítulo 15
Derecho como discurso 563
Anne BARRON

LAS FORMAS DE ESTUDIAR EL DERECHO

FORMAS TRADICIONALES

Capítulo 16
Ciencia jurídica 601
Álvaro NÚÑEZ VAQUERO

Capítulo 17
Perspectiva global y especificaciones epistemológicas de la sociología del derecho continental 633
Marta ROCA I ESCODA

Capítulo 18
Derecho y sociedad. Historia y presente de los herederos del realismo jurídico estadounidense 667
Silvina PEZZETTA

NUEVAS FORMAS

Capítulo 19
Teoría literaria del derecho. Derecho y literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional 695
José CALVO GONZÁLEZ

Capítulo 20
Análisis económico del derecho. Entre el funcionalismo y la esquizofrenia jurídica 737
Alfredo BULLARD

Capítulo 21
Pluralismo jurídico 767
Pablo IANNELLO

Capítulo 22
Informática jurídica 791
Ricardo A. GUIBOURG

Capítulo 23
Derecho, tecnología, inteligencia artificial y web semántica. Un mundo para todos y para cada uno 825
Pompeu CASANOVAS

Contribuyentes 889

PREFACIO

El objetivo de esta *Enciclopedia* es ofrecer a los lectores hispano-parlantes una guía de los temas más importantes de la discusión actual en los campos de la filosofía del derecho y la teoría jurídica. Cada uno de los capítulos cumple la difícil misión de presentar, al mismo tiempo, un texto introductorio con la aproximación general a los principales argumentos y debates en algunos de los temas fundacionales del área, y un punto de partida para futuras investigaciones. Más que agregar un título a la abundante bibliografía existente, hemos querido proporcionar una obra de referencia que enriquezca la disciplina con análisis originales y nuevas perspectivas.

La obra está constituida por tres volúmenes. En el primer volumen hemos pretendido reflejar las aproximaciones generales al fenómeno jurídico. Se propone en él cubrir por igual las concepciones generales del derecho y otras aproximaciones empíricas e interdisciplinarias, que desde diferentes modos iluminan diversos aspectos del mismo. En el segundo volumen se abordan argumentos y debates teóricos más específicos sobre los conceptos centrales de la filosofía del derecho y la teoría jurídica. La filosofía jurídica aplicada a las diferentes ramas del derecho es el objeto del tercer volumen.

Los editores esperamos que estos artículos y demás recursos (bibliogra-fías, referencias internas, etc.) sean de utilidad para juristas y filósofos. También, que los docentes los aprovechen como material para cursos de pre-grado y posgrado en derecho, filosofía del derecho, filosofía moral, filosofía política, ciencia política y otras ciencias sociales.

Se han hecho todos los esfuerzos para proporcionar trabajos de la más alta calidad filosófica, pero accesibles para el público general: hemos intentado que los trabajos no sólo sean informativos, rigurosos y comprensivos, sino que, en la medida de lo posible, sean también filosóficamente frescos y estimulantes, que estén escritos en un lenguaje llano, y que presenten de forma coherente la relevancia filosófica de cada uno de los tópicos y debates.

Nos dimos cuenta de que para cumplir estas directrices los autores necesitaban más libertad y mayor espacio del que los artículos de enciclopedia normalmente permiten. Por esta razón, pusimos como guías

editoriales que las entradas tuvieran hasta 15.000 palabras. Aunque la mayor parte de los capítulos de esta *Enciclopedia* están dentro de este límite, varios autores se excedieron significativamente. Lo hemos permitido para privilegiar la substancia sobre la forma, y conservar en su integridad lo que creemos son algunas de las contribuciones más notables al pensamiento jurídico ibero-americano contemporáneo.

La selección de los temas y los autores no ha sido fácil. La elección de temas que reflejen las aproximaciones más relevantes en filosofía jurídica siempre será cuestionable. Necesariamente no todos los temas relevantes podían ser incluidos, algunos no pudieron recibir el tratamiento que nos habría gustado darles. Sin embargo, hemos tratado de mantener el mayor nivel posible de sistematicidad, coherencia y comprensibilidad en la escogencia de los temas y su organización en la obra.

La selección de autores también forma parte de un proyecto sopesado. La idea principal que ha orientado la selección de autores ha sido solicitar siempre contribuciones a especialistas en cada uno de los tópicos abordados. Ello nos ha llevado a solicitar aportes a muchos de los autores más consolidados de la filosofía del derecho, sin por ello renunciar a ofrecerles la oportunidad a jóvenes investigadores para presentar sus tesis. Hemos evitado al máximo incluir entradas escritas originalmente en idioma diferente al español, pero en algunos casos ha sido inevitable. Además, hemos optado por incluir autores de diferentes nacionalidades, formación intelectual y líneas de investigación. Hemos intentado que aquí se encontraran representadas la mayor parte de las corrientes de la filosofía jurídica iberoamericana y por lo menos tres generaciones de sus estudiosos.

En resumen, este proyecto ha resultado substancialmente como los editores lo concebimos: una colección sistemática de ensayos sobre temas fundamentales de la filosofía del derecho actual, escritos por algunos de los más ilustres representantes del área en Iberoamérica, con la misión no solo de capturar el estado actual de la reflexión filosófica-jurídica en Hispanoamérica, sino también de ampliarla y de señalar algunas líneas para desarrollo futuro. Somos conscientes de que esta obra en su conjunto diste de ser un producto terminado, pero creemos que a pesar de sus excusables errores hemos logrado capturar el carácter de la filosofía del derecho en la actualidad, como ella es: interesante, creativa y diversa.

Esta es una obra colectiva en su concepción y realización. He tenido el honor y la fortuna de contar con tres magníficos co-editores: Álvaro Núñez Vaquero, Verónica Rodríguez Blanco y Ezequiel Spector, quienes han realizado un excelente trabajo. Álvaro, estuvo desde el comienzo de este proyecto, dio su orientación central y lo rescató en varias ocasiones. Verónica, sin duda la más experimentada, posee una energía y visión filosófica sin par que se ve reflejada a lo largo de toda la obra. Ezequiel, con gran pericia y talento, supo cristalizar expeditamente el tomo de filosofía del derecho aplicada. Las excelentes cualidades de este colectivo garantizan una obra con debate previo a su nacimiento y la unidad necesaria para cristalizar un plan con excelente criterio profesional.

Aprovecho esta oportunidad para agradecer a un buen número de personas que prestaron su apoyo en los casi cuatro años de trabajo en este proyecto. Este proyecto no habría visto la luz sin el fundamental apoyo de Carlos Bernal Pulido, Yezid Carrillo, Jules Coleman, Xavier Díez de Urdanivia, Ken Himma y Wil Waluchow. Piero Maiteri-Gentilli, Anabel Gómez, Léider Gömez, Francisco Martínez y Alejandro Robledo Rodríguez gentilmente colaboraron con algunas traducciones. Varios de los autores de capítulos merecen especial reconocimiento por su compromiso y apoyo incondicional con el proyecto en general, en especial: Pablo Bonorino, Andrés Botero, Hernán Bouvier, José Calvo, Pompeu Casanovas, Maris Kopke, Cristóbal Orrego y Horacio Spector. Además, debo mencionar a Juan Acosta, Jaime Ángel, Jorge Benítez, Mitchell Berman, Brian Bix, Shannon Buckley, Geoff Callaghan, Thica Castellanos, Rubén Duarte, Rafael Escudero, Mario Echeverría, Isabel Fanlo, Javier Franco, Daniel Flórez, Roberto Gamboa, Juan Sebastián García, Leonardo García J., Roberto Gargarella, Léider González, Matt Grellette, Óscar Guardiola Rivera, Hernán Gullco, Jesús Hernández, Violetta Igneski, Pablo Márquez, Agustín Menéndez, David Mercado, Claudio Michelon, Miguel Morón, Juan Morante, Yirah Morante, Pablo Navarro, Hjalmar Newmark, Jorge Pallares Bossa, Adriana Padrón, John O. Phillips, Miguel Raad, Gregorio Robles Morchón, Ricardo Sanín, Stefan Sciaraffa, Pedro Serna, Fabio Shecaria y Salomón Verhelst, con quienes compartí o comenté aspectos específicos de este proyecto o me ayudaron de una u otra forma en su concepción y finalización.

Mis padres Jorge y Nancy, mi esposa Laura y mi hijo Jorgito han sabido perdonar que le dedicara tanto tiempo a este proyecto. Además, debo agradecer al equipo de la UNAM, particularmente a Imer Flores,

Juan Vega y, muy especialmente, a Enrique Cáceres por su apoyo en el momento definitivo de realización de esta obra. Finalmente, y para resaltar en este prefacio, agradecer a los contribuyentes por su cooperación con este proyecto, el esfuerzo en alcanzar textos de excelente calidad y, especialmente, por la paciencia. Sé que esta obra ha necesitado años para ver la luz, más tiempo del planeado, pero confío en que la espera nos premie a todos con una *Enciclopedia* plétora de contenidos que sea una ventana abierta a futuros debates, una guía amigable en los temas más importantes de la discusión actual de la filosofía del derecho y la teoría jurídica.

Jorge Luis Fabra Zamora
Hamilton, ON Canadá
Febrero de 2014

INTRODUCCIÓN AL VOLUMEN UNO

El primer volumen se ocupa de las formas de aproximarse al fenómeno jurídico. Se trata de una serie de miradas o métodos, con diferentes grados de generalidad y abstracción, que abordan el estudio del fenómeno jurídico desde diferentes perspectivas. El objetivo de este primer volumen es presentar las diferentes disciplinas sobre el derecho, ofreciendo una presentación coral de las diversas formas en las que puede ser analizado.

El volumen está dividido en tres partes. No obstante, como toda división intelectual que trata de establecer barreras entre las diferentes formas de aproximarse al fenómeno jurídico, también la nuestra resulta imprecisa, en algún sentido arbitraria y no siempre completamente justificada.

En la primera parte se tratan las "concepciones generales" sobre el derecho. Estas concepciones –a veces llamadas teorías generales, analíticas o conceptuales– intentan proporcionar una explicación acerca de qué es el derecho, ofreciendo una definición, conceptualización o elucidación del fenómeno jurídico con el fin de identificar sus aspectos necesarios o, al menos, aquellos más significativos.

La segunda parte se ocupa de las aproximaciones críticas al derecho. Se trata de un conjunto heterogéneo de teorías y doctrinas que no tienen por objetivo principal esclarecer qué es el derecho, sino responder a la pregunta sobre la legitimidad del derecho, ejerciendo un rol crítico mediante la denuncia de la injusticia de las instituciones jurídicas existentes y propendiendo por su reforma.

El objeto de la última sección son diferentes métodos y aproximaciones para analizar algún aspecto más específico del fenómeno jurídico. Se trata de un conjunto de disciplinas (o sub-disciplinas) que han ocupado el trabajo de los estudiosos del derecho positivo, es decir, de aquellos que se dedican a la investigación jurídica con un menor grado de generalidad. La sección presenta tanto las perspectivas tradicionales (como la ciencia y la sociología del derecho), así como otras perspectivas más modernas (el análisis económico del derecho, la informática jurídica, el pluralismo jurídico y la corriente que estudia la relación entre el "derecho y literatura") que estudian los ordenamientos jurídicos.

La pregunta sobre qué es el derecho ha sido el tema de discusión central de la filosofía del derecho. El debate ha estado dominado por dos co-

rrientes tradicionales, el iusnaturalismo y el positivismo, que son tratadas extensivamente en los primeros cinco capítulos.

El iusnaturalismo es sin duda alguna la concepción más antigua acerca del derecho. Isabel Trujillo nos ofrece en el capítulo 1 una conceptualización y síntesis del iusnaturalismo desde la antigüedad hasta la era moderna. Cristóbal Orrego expone en el capítulo 2 las principales teorías contemporáneas del iusnaturalismo y sus conexiones con el iusnaturalismo clásico, además de los diferentes problemas de orden ontológico, antropológico, ético, teológico, metodológico y político que aquellas enfrentan.

El positivismo jurídico tiene una historia más corta que su rival, pero no por ello menos compleja. En el capítulo 3, Andrés Botero Bernal nos presenta el positivismo desde sus orígenes en el siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX. Esta historia es completada por José Juan Moreso, quién en el capítulo 4 registra los incesantes debates entre los herederos del positivismo de H. L. A. Hart, la versión positivista más influyente desde la segunda mitad del siglo XX. La discusión del positivismo finaliza con la exposición que Joxerramón Bengoextea hace en el capítulo 5 de un tipo especial de positivismo que ve al derecho como una institución .

Otras dos concepciones generales acapararán la atención. La primera es realismo jurídico. En el capítulo 6, Mauro Barberis ilustra los principales aspectos del realismo jurídico europeo, concentrando su atención en las relaciones, parecidos y diferencias entre los movimientos escandinavo, italiano y francés. Por su parte, en el capítulo 7 Brian Leiter propone una reconstrucción del realismo jurídico estadounidense alejada de las presentaciones más clásicas capaz de afrontar buena parte de los debates teórico-jurídicos contemporáneos.

La segunda concepción se refiere a un conjunto de teorías que han sido denominadas por sus defensores como "anti-positivistas" o "post-positivistas", que no están comprometidas con el positivismo, pero tampoco abrazan la tesis del iusnaturalismo clásico. Una de las teorías más influyentes de este campo es el "derecho como integridad" de Ronald Dworkin, que es expuesta por Pablo Bonorino en el capítulo 8. Seguidamente, Yezid Carrillo presenta en el capítulo 9 el modelo de derecho que es defendido por las diversas teorías de la argumentación jurídica. Y, en el capítulo 10, Susanna Pozzolo, presenta los aspectos más importantes de uno de los desafíos más importantes del iuspositivismo en tiempos recientes: el neoconstitucionalismo, una de las concepciones del derecho más influyentes hoy en día en el mundo latino.

Cuál sea la mejor concepción o teoría de las anteriores es una cuestión de casi imposible dilucidación. Por ello, la cuestión de qué y cómo podemos investigar parece tornarse más que relevante. A tal fin, la presentación de las concepciones generales del derecho se cierra en el capítulo 11 con la discusión de Verónica Rodríguez Blanco sobre la metodología de la filosofía del derecho.

La segunda sección se ocupa de diferentes tipos aproximaciones normativas. La sección comienza en el capítulo 12 con la introducción que hace Andrés Molina a los Estudios Jurídicos Críticos (CLS), un movimiento académico y político de profesores de derecho estadounidenses.

Consideración especial da Rosa Ricoy en el capítulo 13 a las diferentes teorías feministas, que tienen por objetivo evidenciar la situación de opresión que soportan las mujeres, buscando reformas en aras de lograr una sociedad más justa que reconozca y garantice la igualdad de todos los seres humanos.

Este tratamiento de las teorías críticas finaliza con la presentación que Anne Barron hace de las principales aproximaciones críticas del mundo continental en dos capítulos. Mientras en el capítulo 14 expone las consideraciones generales de la aplicación de la concepción filosófica de Michel Foucault a la filosofía del derecho, en el capítulo 15 discute los principales aspectos de la diferentes teorías de que ven al derecho como un fenómeno discursivo (en especial, las tesis defendidas por Jürgen Habermas).

La última sección se ocupa de diferentes formas de estudiar el derecho; aproximaciones heterogéneas que no tratan de responder a la pregunta sobre qué es el derecho sino que se centran en algún aspecto específico del fenómeno jurídico. Los capítulos 16 a 18 versan sobre las aproximaciones clásicas a los ordenamientos jurídicos particulares: la ciencia del derecho y la sociología jurídica. En el capítulo 16, Álvaro Núñez Vaquero estudia los principales métodos para analizar el contenido del derecho. Los dos capítulos siguientes tratan de diferentes perspectivas de la sociología jurídica; mientras que Marta Roca i Escoda se ocupa de las concepciones de la sociología en Europa, Silvina Pezzeta se encarga de los aspectos centrales del movimiento "Derecho y Sociedad", la aproximación más importante a la sociología jurídica en Estados Unidos.

Seguidamente, la atención gira hacia formas de estudio del derecho más recientes e innovadoras. En el capítulo 19, José Calvo discute los aspectos centrales de la concepción literaria del derecho: el así llamado movimiento

de "derecho y literatura". En el capítulo 20, Alfredo Bullard defiende el análisis económico del derecho, confrontándolo con el método dogmático tradicional. El pluralismo jurídico y los desafíos que éste genera para el análisis tradicional del derecho son desplegados por Pablo Ianello en el capítulo 21.

Finalmente, los dos últimos capítulos se encargan de la relación entre el derecho y tecnología. En el capítulo 22, Ricardo Guibourg presenta los aspectos centrales de la informática jurídica. En el capítulo 22, Pompeu Casanova expone los diferentes desafíos que generan al derecho la inteligencia artificial y la web-semántica.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 1

IUSNATURALISMO TRADICIONAL CLÁSICO, MEDIEVAL E ILUSTRADO

Isabel Trujillo*

Sumario: I. *Introducción.* II. *El problema teórico: delimitación y definición.* III. *Desarrollo histórico.* IV. *Conclusiones en relación con el interés actual del iusnaturalismo para la filosofía del derecho.* V. *Bibliografía.*

I. Introducción

El estudio del iusnaturalismo hoy en día está justificado por distintas y variadas razones. El sólo hecho de que constituya una de las tradiciones de pensamiento con la que los juristas en el curso del tiempo se han identificado autoriza ciertamente a tratar de profundizar en su conocimiento. Desde este punto de vista, el interés por el estudio del iusnaturalismo está en su valor *arqueológico*: para conocer la filosofía del derecho y lo que ha sido en el tiempo hay que saber lo que es el iusnaturalismo. Junto a esta consideración cabe sin embargo la duda de que su estudio siga siendo oportuno y útil en el presente para el jurista de hoy, o para quién se prepara para serlo, pues razonablemente el público de una enciclopedia de filosofía del derecho es el estudiante de derecho o de ciencias sociales y políticas. Una aceptable presentación del iusnaturalismo tiene que abordar entonces dos exigencias: primero, la de dejar acta de lo que ha representado este movimiento de pensamiento en la historia, estableciendo qué es una doctrina del derecho natural y cuáles han sido las conquistas más relevantes del iusnaturalismo, y, segundo, la de justificar su importancia para el estudio del derecho hoy.

Desde el punto de vista histórico vale la pena adelantar algunas ideas. La partición del examen del iusnaturalismo en este volumen individua una diferencia entre el iusnaturalismo tradicional y el contemporáneo. Además se afirma que el iusnaturalismo tradicional puede dividirse en tres fases, clásico, medieval y moderno o ilustrado. Estas tres etapas tienen algo

* Catedrático de la Università degli Studi di Palermo (Italia)

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 3-35

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en común pero también muchas diferencias, sobre todo la última respecto a las primeras. Por clásico se entiende la época del nacimiento del iusnaturalismo, en Grecia y Roma, con los autores que han puesto las bases de esta concepción del derecho. Sus coordenadas fundamentales tendrán una continuidad en la época medieval, aunque dominada por la cultura cristiana. Por iusnaturalismo ilustrado se entiende la forma de iusnaturalismo desarrollada en la época de la Ilustración, a partir del cambio de mentalidad que supone el nacimiento y el desarrollo de la ciencia moderna y de la ruptura de la unidad cultural que significan la reforma protestante y el descubrimiento de América.

II. El problema teórico: delimitación y definición

1. *Iusnaturalismo y iuspositivismo*

Para empezar, el estudio del iusnaturalismo en la actualidad no puede prescindir de la aclaración de sus relaciones con el iuspositivismo. Se puede hasta afirmar que el iusnaturalismo —como etiqueta que indica una corriente junto a otras— empieza a existir en oposición al iuspositivismo, *grosso modo* a partir de la edad de la codificación. En este sentido, la pareja iusnaturalismo-iuspositivismo es bastante reciente, aunque desde entonces se ha hecho necesario considerar paralelamente las dos corrientes. A esto hay que añadir que desde el punto de vista histórico es plausible la tesis según la cual el iuspositivismo es el heredero de una cierta forma de iusnaturalismo, el iusnaturalismo racionalista (véase, más adelante), por lo que entre los dos habría una continuidad histórica,[1] cuyo punto de evolución más avanzado sería el iuspositivismo. En este sentido, el iusnaturalismo debería considerarse superado. En realidad, como se verá, la oposición iusnaturalismo-iuspositivismo sigue siendo significativa a ciertas condiciones. Mucho más antigua es la pareja *derecho natural-derecho positivo*, que es invención de lo que ahora nosotros llamamos iusnaturalismo. Tratándose en este capítulo del desarrollo anterior a la codificación, tendremos que

[1] Barberis, Mauro, "Giuspositivismo o Positivismo Giuridico", Voz en *Enciclopedia filosófica*, Bompiani, Milano, 2006, vol. 5, pp. 4855-4856. Ahí se sostiene que el iuspositivismo nace en el siglo XVII, con el rechazo de la doctrina del derecho natural y con la finalidad del estudio científico del derecho positivo. Ver, Botero Bernal, positivismo jurídico.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

hacer referencia precisamente a la pareja derecho natural-derecho positivo, que es típica del iusnaturalismo que interesa en este capítulo. Todo esto ya hace imaginar que iusnaturalismo e iuspositivismo no están en relación simétrica, ni históricamente, ni conceptualmente, y que su reciente dependencia recíproca plantea un problema específico y limitado. En realidad, iusnaturalismo e iuspositivismo no se excluyen mutuamente. Habrá manera de ver cómo se sobreponen en parte el uno al otro, por ejemplo cuando se enfrentan con los mismos problemas, y cómo ponen problemas distintos, ambos significativos para el estudio del derecho. Sobre la especificidad el IUSPOSITIVISMO se reenvía a la parte dedicada a este tema.

En sus más remotos orígenes, lo que nosotros llamamos iusnaturalismo encuentra su justificación en la distinción entre *justo natural* y *justo legal*,[2] distinción que se expresa también como *derecho natural* y *derecho positivo*. Contra esta distinción se oponen dos posiciones teóricas distintas, que no son necesariamente tesis iuspositivistas: la idea de que la justicia es la utilidad del más fuerte, por un lado, es decir la aceptación acrítica de la prevalencia de quién ejercita el poder *de facto* y establece de manera unilateral y unívoca lo que es justo, y, por otro lado, la tesis del valor relativo de la justicia, es decir el hecho de que —siendo cada concepción de la justicia mutable— no pueda existir algo como una justicia natural, en el sentido de universal, presuntivamente válida siempre y para todos. Estas dos tesis tienen sus representantes primigenios en los Sofistas, una corriente de pensamiento difundida entre los griegos, como testimonian los diálogos de Platón (428-347 a.C.).[3] Como se decía antes, que la justicia sea el derecho del más fuerte o del más hábil no es necesariamente un contenido del iuspositivismo; como tampoco lo es la idea de que la justicia sea mutable. El iuspositivismo es compatible bien con posiciones críticas del *status quo* (es decir el iuspositivismo puede estar en contra de la idea de que la justicia es la utilidad del más fuerte), bien con concepciones acríticas del *status quo* (puede estar a favor de la tesis según la cual la justicia no es otra cosa que el dominio del más fuerte). En otras palabras, el iuspositivismo es compatible con concepciones escépticas o relativistas de la justicia y con concepciones objetivistas.[4]

[2] Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1134a y ss.

[3] Que la justicia sea el derecho del más fuerte o del más hábil desde el punto de vista de la retórica es tesis discutida en el diálogo platónico titulado "Gorgias". Que el hombre sea la medida de todas las cosas y que por lo tanto cada uno determina lo que es justo es la tesis del filósofo Protágoras en el diálogo platónico que lleva su mismo nombre.

[4] El escéptico duda que se pueda llegar a conocer la justicia; el relativista sostiene que las versiones de la justicia son muchas, que todas tienen el mismo valor y que se excluyen entre sí; el objetivista sostiene que se pueden distinguir versiones más o menos convincentes de la justicia (no necesariamente que haya solamente una).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Sirva desde ahora –para complicar el cuadro– la información de que el iusnaturalismo no sostiene necesariamente que el derecho natural o la justicia sean inmutables.[5] El problema está en que la tesis según la cual la justicia o el derecho natural son mutables no quita que el derecho natural o la justicia puedan ser —simultáneamente y de alguna manera— universales. Sobre este intento de hacer cuadrar la circunferencia volveremos más adelante, a partir de ejemplificaciones históricas.

No obstante la asimetría histórica, al lector de hoy es necesario partir de la consideración de lo que es el iusnaturalismo en relación con el iuspositivismo. La razón de ello es que lo que hoy se entiende por iusnaturalismo depende mucho del modo en el que lo ve su rival y de que de la relación entre iusnaturalismo y iuspositivismo vive gran parte de la teoría del derecho de hoy, también cuando no hace referencia explícita al iusnaturalismo pero sigue planteando los mismos problemas.

Por desgracia, la historia de las relaciones entre iuspositivismo y iusnaturalismo contiene una larga lista de malentendidos recíprocos: muy frecuentemente se ha verificado que lo que el iuspositivismo piensa que es el iusnaturalismo o bien no ha existido nunca como doctrina, o bien pertenece a una de las posibles doctrinas del iusnaturalismo y no necesariamente a lo que lo identifica en modo significativo (según la falacia de confundir una parte con el todo).[6] Vice versa, lo que los iusnaturalistas han criticado del iuspositivismo o bien no ha sido nunca defendido, por lo menos de la manera en que viene imputado, o bien es una posición minoritaria que no da razón del significado central del movimiento (simétricamente confundiendo también la parte con el todo).

Algunos malentendidos sobre el iusnaturalismo por parte del iuspositivismo son los siguientes:[7] a) la tesis que el iusnaturalismo no posee una noción de VALIDEZ JURÍDICA (tesis de la ausencia de una noción de validez jurídica); b) la tesis que la doctrina del derecho natural no admite la exis-

[5] Se sostiene que estas dos tesis, que exista una justicia natural y que todo sea mutable, no están en contradicción en Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1134b 25-30.

[6] Por la pertinencia con la perspectiva histórica se señala el estudio de George, Robert, "Kelsen and Aquinas on the Natural-Law Doctrine", *Notre Dame Law Review,* vol. 75, 2000, pp. 1625-1649 (ahora en traducción italiana: Robert P. George, *Il diritto nell'età del pluralismo*, Lindau, Torino, 2011, pp. 119-151). Se demuestra cómo las críticas de Kelsen a la doctrina del derecho natural no tienen ninguna correspondencia con la de Tomás de Aquino.

[7] Una argumentación similar a ésta en la estructura y parcialmente en el contenido se encontrará en Finnis, John M., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980, cap. II.2.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tencia de plurales posiciones respecto a los fines de la vida humana (tesis de la contrariedad al pluralismo); c) la idea que el iusnaturalismo salte impunemente de juicios de hecho a juicios de valor: de ciertas afirmaciones fácticas sobre la naturaleza humana se deducen normas (tesis de la violación de la denominada *ley de Hume* o falacia lógica de deducir normas de hechos).[8]

Algunos malentendidos sobre el iuspositivismo por parte del iusnaturalismo son los siguientes: a) la idea que el iuspositivismo lleva necesariamente al escepticismo ético (tesis del escepticismo);[9] b) la tesis que el iuspositivismo sea una ideología del carácter autojustificatorio del poder político[10] (tesis del positivismo ideológico); c) la idea según la cual el derecho positivo excluye los juicios de valor[11] (tesis de la exclusión de los juicios de valor).

Aquí no nos detendremos sino de paso en argumentar sobre las razones del iuspositivismo (aunque en las notas ya se dice algo a favor de la clarificación de los posibles malentendidos por parte de su rival); nos concentraremos en cambio sobre el iusnaturalismo, por razones de competencia. No obstante, de alguna manera las malentendidas posiciones sobre el iuspositivismo son interesantes también por lo que indirectamente nos dicen sobre el mismo iusnaturalismo, pues nos indican qué es a lo que el iusnaturalismo se opone o piensa oponerse, aunque no siempre con acierto. El iusnaturalismo entiende oponerse o se opone al escepticismo ético, a la ideología que justifica a toda costa el deber de obediencia al poder político,[12] a una visión neutral del derecho desde el punto de vista de los valores. En el curso de la exposición se irán examinando todas esas tesis y acusaciones.

[8] Se reenvía a más adelante la clarificación de este punto.

[9] En contra, se piense a todos los iuspositivistas que han sostenido una posición ética utilitarista, que no es ciertamente una forma de escepticismo. Por ejemplo, Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995 [1832].

[10] Es correcto a éste propósito distinguir entre el iuspositivismo ideológico y el iuspositivismo metodológico. Sobre esto, Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e Giuspositivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965. Por otra parte, hay que recordar que el iusnaturalismo ha defendido muchas veces el *status quo*, abogando por la obediencia a la autoridad constituida, aún a costa de la renuncia a los propios intereses.

[11] En general, los iuspositivistas no lo niegan, por lo menos en relación a la interpretación. Se piense por ejemplo en la posición de Hart contra el formalismo interpretativo. Hart, Herbert L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, cap. VII. Pero sobre todo la demostración de la falsedad de esta afirmación se obtiene observando el debate contemporáneo sobre positivismo incluyente y excluyente (vid. POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO).

[12] Lo que le ha valido la acusación de revolucionario por parte de Hans Kelsen. Ver Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke Verlag, Wien, 1934, § 8.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Se intuye ya desde ahora que la primera de las tesis (que al iusnaturalismo le falta un concepto de VALIDEZ JURÍDICA) no es ni siquiera plausible, si se ha dicho que la distinción entre derecho natural y derecho positivo es típicamente una distinción iusnaturalista. Esto quiere decir que el iusnaturalismo trabaja con dos términos: justo natural y justo legal o derecho natural y derecho positivo, que hay necesariamente que distinguir y definir, por lo cual el iusnaturalismo *tiene que disponer* de una noción de derecho positivo y de su validez. Se equivoca pues quién cree que los iusnaturalistas trabajan solamente con el derecho natural (o con un supuesto concepto moral de derecho), mientras que los iuspositivistas son los que están realmente interesados en el derecho positivo.

El presupuesto de la reflexión sobre el derecho natural es, precisamente, la existencia del derecho positivo, su validez plenamente jurídica. Si no existiera un derecho positivo, no tendría sentido hablar del derecho natural. Este es un punto capital que se puede entender con un ejemplo histórico que deja ver una de las características del iusnaturalismo, en particular el de la edad antigua. Los juristas romanos, reflexionando sobre el derecho positivo de su tiempo y sobre sus instituciones, llegan a la conclusión de que la esclavitud es justa solamente según el derecho positivo (corresponde a lo justo legal, pues es instituto del derecho civil y del derecho de gentes), pero no lo es desde el punto de vista de la justicia natural (no es de derecho natural), pues es de derecho natural que todos los hombres sean libres. Así, de la misma manera, la propiedad ha sido introducida por el derecho positivo, pero por derecho natural los bienes de la tierra son de todos.[13] Esto no quiere decir que la doctrina romana del derecho natural sea revolucionaria: el derecho natural es un criterio que sirve para identificar los límites del derecho y la justicia de una situación, aunque siga siendo prevalente el instituto como establecido por el derecho *positivo*. No obstante, estos juristas nos enseñan que el derecho aspira a la justicia[14] y esta aspiración abre un espacio de juicio sobre el derecho existente. No se trata simplemente de

[13] Corpus Iuris Civilis, Institutiones, 1,2,2: *Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitate secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae. Iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur. Ex hoc iure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii immnumerabiles*. Derecho positivo es bien el derecho de la ciudad (*ius civile*), bien el derecho de gentes (*ius gentium*).

[14] Passerin d'Entrèves, Alessandro, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

distinguir entre *el derecho que es* y el *derecho que debería ser*, sino de entender los límites del derecho (puede ser injusto) y su estructura fundamental (a qué sirve), además de sus relaciones con las demás esferas o prácticas humanas (social y moral, principalmente). La discordancia entre el derecho positivo y el derecho natural es además el terreno de cultivo de preguntas cruciales, por ejemplo sobre la OBEDIENCIA moral que se debe al derecho existente, pregunta que es posible solamente si DERECHO Y MORAL son dos cosas distintas.

Pero sobre todo esta tradición nos indica un método: solamente con un *bottom-up approach*, de abajo hacia arriba, de la observación de lo que es derecho positivo, se puede identificar lo que es aceptable desde el punto de vista de la justicia o del derecho natural, o lo que no lo es. Por eso es fundamental tener como punto de partida el mismísimo derecho existente (y válido jurídicamente).

En realidad, hay que notar que el tipo de planteamiento *bottom-up* es característica esencial de la tradición del iusnaturalismo *hasta un cierto punto*. En este sentido, el error de quién trabaja sobre el malentendido que estamos examinando está causado por la tendencia bien a equivocar el sentido de la cuestión puesta por el iusnaturalismo, bien a identificar el iusnaturalismo con una de las posiciones propuestas por los autores que se inspiran en el iusnaturalismo (la falacia lógica de confundir la parte con el todo, que –como se ha visto– es típica también del iusnaturalismo respecto al positivismo). Cuando Kelsen o Raz critican el iusnaturalismo porque no tiene una noción de validez jurídica están equivocando el sentido de la cuestión puesta –por ejemplo– por Agustín de Hipona (354-430) o por Tomás de Aquino (1225-1274) a propósito de la famosa frase *lex iniusta non est lex*. Es hasta intuitivo notar que lo que no es *lex* al final de la frase es paradójicamente *lex* en el principio de la frase: no es correcto por lo tanto deducir de aquí que el iusnaturalismo no posea un concepto de validez jurídica. Más acertado es interpretar esa afirmación en el sentido de que una ley bajo un cierto punto de vista (el de su validez jurídica), si injusta, puede ser considerada imperfecta, defectuosa o viciada bajo otro punto de vista, precisamente por su falta de justicia: es ley pero es ley injusta. Estas dos cosas pueden convivir perfectamente, también en relación al problema de la obediencia a la ley, pues ésta es el resultado de una valoración complicada y tiene que ver con un juicio de conjunto.[15] La tesis según la cual a determinadas con-

[15] Véase, Finnis, John M., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, cap. XII. Finnis comenta la doctrina de Tomás de Aquino sobre el punto. Este último sostiene que se puede reconocer la injusticia de una norma y tener el deber de obedecer, si las consecuencias de la

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

diciones de extrema injusticia la ley puede perder su juridicidad es en realidad una doctrina del iusnaturalismo contemporáneo (la tesis de Radbruch), que de alguna manera hace ya las cuentas con las críticas del iuspositivismo y con su exigencia principal: definir el concepto de derecho sin incluir elementos morales (o tesis del iuspositivismo metodológico). Según la doctrina de Radbruch, hay una medida insoportable de injusticia más allá de la cual la juridicidad desaparece: lo cual quiere decir que la justicia es relevante solamente en algunos casos, marginales o extremos.

Puestas así las cosas, resulta sorprendente que estudiosos de ese calibre hayan equivocado el sentido de una doctrina. En realidad, hay un dato histórico que hace que se explique el malentendido. Cuando el iuspositivismo tiende a insistir de esa manera sobre su objetivo crítico se está refiriendo a uno de los desarrollos históricos del iusnaturalismo, en particular, a la última etapa de la que se tratará en este capítulo. El verdadero objetivo de la crítica es, en efecto, aquella forma que el iusnaturalismo adoptará a partir de la tendencia racionalista dominante en la edad de los códigos y del despotismo ilustrado. En esa época se intentará a identificar el derecho natural en la forma de un código establecido por la razón humana (cuya mejor expresión es la razón científica), que el legislador iluminado debe hacer valer como derecho positivo. El derecho natural asume así la forma de un ideal a realizar, de un proyecto a concretar: no se tratará de reflexionar sobre lo existente y de preguntarse si es justo también desde el punto de vista natural, sino de realizar un proyecto a partir de ciertas ideas sobre la naturaleza, en particular sobre la naturaleza humana. Estamos ante un planteamiento muy distinto: se trata de un *top-down approach*, de arriba hacia abajo, exactamente opuesto respecto al anterior. El efecto de este desarrollo histórico es que el derecho natural se separa de la realidad del derecho positivo y se hace más fácilmente objeto de especulación abstracta. Si la exposición ha sido clara, se entenderá que esto se puede sostener de manera apropiada del iusnaturalismo moderno, pero no del clásico (ni, por lo menos en parte, del medieval).[16]

---

desobediencia es dañina para el bien común. Tomás de Aquino, *Suma teológica*, I-II, q. 96, art. 4.

[16] Se ha puesto entre paréntesis la referencia al iusnaturalismo medieval porque en realidad la valoración de éste último tipo de iusnaturalismo es muy compleja, pues contiene muchos elementos clásicos pero también anticipaciones de caracteres modernos. Una importante lectura en este sentido es Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Editions Montchretien, Paris, 1975, por la atención al rol del derecho subjetivo.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Como conclusión parcial de esta parte podemos decir que hay que distinguir distintas etapas en la historia del derecho natural, caracterizadas por nociones diversas de lo que es ese derecho natural, de su relación con el derecho positivo y de su método. Las preguntas que surgen entonces son: ¿hay algo en común entre todas las versiones del iusnaturalismo? Si son tan distintas, ¿por qué tratar conjuntamente todas estas doctrinas? Veamos una razón para ponerlas todas juntas (e incluir también algunas teorías iuspositivistas).

2. *¿Una ética universal?*

La contestación a las preguntas con las que termina la sección anterior puede ser construida a través de dos recorridos. Uno sigue el estilo del análisis puntual: una vez identificado que lo que justifica la existencia del iusnaturalismo es el uso de la noción del derecho natural junto al derecho positivo es necesario descomponer la expresión en sus dos términos, *derecho* y *natural*, y aclarar lo que se entiende por uno o por otro. Si vale la hipótesis antes apuntada, la aclaración del concepto de *derecho* incluirá también la noción de derecho positivo y su validez jurídica, por supuesto. El otro camino sigue una aproximación de tipo holístico: se trata de entender qué es lo que significa y en qué consiste la apelación a un *derecho natural.* Su aproximación es, por lo tanto, estructural. Empezamos por la segunda. De la primera se tratará en los siguientes párrafos.

Ya se ha dicho que apelarse al derecho natural es hacer uso de una noción de justicia como criterio de juicio del derecho positivo. Cuando se piensa en el derecho natural como criterio de medida o de juicio del derecho positivo, se piensa como consecuencia necesaria que su contenido es válido tendencialmente siempre y para todos. Si cada uno tuviera *su* derecho natural, no se entiende cómo se podría sostener que el derecho positivo deba aspirar a él. ¿A cuál de los "derechos naturales" posibles debería aspirar el derecho positivo? El problema se puede formular de manera idéntica con referencia a la justicia. Si existen varias "justicias", ¿a cuál de ellas tiene que aspirar el derecho positivo? En esta línea, los críticos del derecho natural han pensado que quienes sostienen el derecho natural necesariamente se oponen al pluralismo (moral). Al realizar esta inferencia, han dado un paso muy significativo, pues a través de este camino se llega a cambiar el contexto de la discusión y, al fin y al cabo, se nos obliga a abandonar el campo de la oposición iusnaturalismo-iuspositivismo. La existencia de un criterio universal de medida del derecho positivo es, en efecto, independiente de esa relación. Veamos el porqué de esta conclusión.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El punto de partida clásico para examinar la oposición iuspositivismo-iusnaturalismo suele ser la tesis de la relación entre derecho y moral. El iuspositivismo afirma la tesis de la separación entre derecho y moral, mientras el iusnaturalismo asume la existencia de una conexión entre derecho y moral (por lo menos en el sentido de que *la justicia* es una cualidad *del derecho*). Sin embargo, como ya se ha dicho antes, el iuspositivismo no por eso se transforma en una posición ideológica de justificación del derecho existente o se resigna a no criticar el derecho existente; ni – por otra parte – el iusnaturalismo pierde necesariamente la noción de validez jurídica.

El iuspositivismo se distingue del iusnaturalismo por el *plano* desde el que realiza la crítica al derecho positivo. El iusnaturalismo sostiene que la crítica al derecho positivo es de algún modo interna a la juridicidad, pues se hace a partir del *derecho* natural. El iuspositivismo podrá criticar el derecho positivo no ya a partir de un criterio interno (pues rechaza la noción de derecho natural), sino a partir de un criterio externo a la juridicidad: la moral, de la que el derecho está perfectamente separado. El punto importante de la cuestión es que – puestas así las cosas – el problema de la contrariedad al pluralismo sigue existiendo, pero esta vez es un problema común al iuspositivismo y al iusnaturalismo, pues ambos piensan que sea oportuno disponer de criterios para valorar o criticar el derecho positivo.

Desde este punto de vista, la diferencia significativa no está entre iusnaturalismo y iuspositivismo, pues esa distinción no aclara el punto en cuestión. La verdadera discrepancia es la que pasa entre concepciones relativistas y concepciones universalistas de los criterios para enjuiciar el derecho positivo; o, si se prefiere, entre escepticismo y objetivismo (bien se trate de un escepticismo u objetivismo exclusivamente a lo moral, como en el iuspositivismo, bien se refiera a lo jurídico-moral, como en el iusnaturalismo). Ya se ha dicho que no todos los iuspositivistas son escépticos o relativistas, pues los hay objetivistas. En este sentido, la diferencia entre iusnaturalistas y iuspositivistas estriba en que los primeros son todos (de alguna manera) objetivistas, mientras que los iuspositivistas pueden ser objetivistas, o escépticos, o relativistas, pues la concepción moral de los iuspositivistas es cuestión distinta de su posición sobre el derecho. Esta conclusión es aún más importante si se piensa que el problema de la valoración crítica del derecho positivo no es un problema típico de la edad clásica, sino más bien de siempre. También hoy es importante preguntarse si el derecho existente puede contar sobre bases justificadas y racionales y por lo tanto persuasivas, o si es simplemente cuestión de opiniones y de preferencias subjetivas,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

y, en particular, el resultado de la imposición por parte del más fuerte. La primera posición es típica de los iusnaturalistas y de los iuspositivistas no escépticos y objetivistas en campo moral; la segunda posición es propia de los iuspositivistas escépticos o relativistas desde el punto de vista moral.

Para dar razón de este estudio, habría que preguntarse además si de la tradición del derecho natural podemos aprender algo sobre el modo de plantear la cuestión del objetivismo desde la perspectiva jurídica. Sobre este punto no podemos interrogar al iuspositivismo, pues ya se ha aclarado que para él ésa es una cuestión puramente moral y no jurídica. Hay que tener en cuenta, en fin, que las diferencias entre las distintas versiones del iusnaturalismo tienen que ver con el modo de entender el objetivismo y sobre todo con su alcance. Por supuesto habrá algunas mejores que otras, en el sentido de más persuasivas o plausibles.

Al final del párrafo anterior ya se notaba la gran diferencia entre el planteamiento clásico (y medieval) del derecho natural, por un lado, y el planteamiento moderno, por otro. La diferencia tiene relación con el punto de vista, esquemáticamente, tendencialmente *bottom-up* en el clásico (y medieval); *top-down* en el moderno. Ciertamente, desde los dos puntos de vista se puede alcanzar un resultado objetivista o universal, en el sentido de que se presume válido para todos, aunque es lícito pensar que los dos objetivismos-universalismos de resultado serán distintos. El objetivismo alcanzado *bottom-up* será capaz de tener en cuenta el detalle, pues nace a partir de institutos jurídicos existentes. Sus contenidos universales serán mucho más difíciles de alcanzar en la medida en que se contemplan más especificidades, y presumiblemente el ámbito de sus contenidos será reducido, pues desde abajo las diferencias son mucho más destacadas. Tendencialmente será a-sistemático, pues el punto de partida es contingente. Por lo contrario, el objetivismo-universalismo *top-down* es mucho más fácil de identificar en abstracto; su contenido será mucho más amplio; su estructura más sistemática, pues desde arriba es más fácil controlar la coherencia de un sistema. Por otra parte, éste último seguramente tendrá problemas a la hora de hacer cuentas con las diferencias de detalle. Según el método *top-down*, si las reglas de la moral/del derecho natural son racionales, tienen que valer para todo ser racional. Si se encontrara un test de racionalidad, se tendría en la mano el *passe-partout* del conocimiento universal, que por supuesto tiene que ser único. Bajo este prisma, en el iusnaturalismo (moderno) tendrán éxito dos líneas: la que mueve desde el desarrollo de la razón humana como se ha concretado en la ciencia moderna (el uso científico de la razón aplicado al derecho) y la de la kantiana ley moral y sus condiciones

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

a priori. La discusión de este punto implica que se entre en el detalle de las concepciones históricas, lo que haremos en el siguiente párrafo.

Otra conclusión provisional es la siguiente: el iusnaturalismo y una parte del iuspositivismo (no relativista, no escéptico) tienen el *mismo* problema, es decir, justificar los criterios válidos para la crítica y la valoración del derecho, sólo que el primero buscará estos criterios en una zona jurídico-moral que es el derecho natural, mientras que el segundo simplemente no se plantea el problema en relación al derecho, pues considera que se trata de un problema moral, es decir, externo al derecho. No obstante, ambas posiciones tendrán que resolver de alguna manera el carácter universal de los criterios que usan para valorar el derecho y en la medida en que abracen una u otra forma de objetivismo a ambas se las podrá acusar de contrariedad al pluralismo. En este sentido el problema es si toda forma de objetivismo es contraria al pluralismo moral. Y aquí viene la ventaja de la perspectiva iusnaturalista, que está en el carácter limitado de su investigación: le interesa solamente establecer si hay una medida objetiva del derecho y no de la moral en general. Una cosa es preguntarse si hay una medida objetiva de los derechos a reconocer a los individuos; otra cosa es investigar sobre todo el campo moral. Una cosa es preguntarse si un determinado instituto es justo también desde el punto de vista natural-universal, otra cosa es indagar sobre el mejor sistema moral, válido para todos. Este último problema con dificultad puede ser considerado de competencia de la filosofía del derecho, mientras que la pregunta sobre la medida objetiva del derecho (la justicia) es fácil que pueda serlo. Para contestar a la pregunta en el título de la sección, una teoría del derecho natural es ciertamente una forma de ética universal, pero limitada en cuanto al contenido: es una teoría de la justicia en relación al derecho existente. Por eso su enemigo principal es la tesis de la irracionalidad de la justicia y de la irrelevancia de ésta respecto al derecho, no necesariamente el iuspositivismo.

3. *¿Una concreta tradición histórica de investigación moral?*

La sospecha y la desconfianza que instintivamente levantan todas las concepciones éticas universales ha llevado a la formulación de otra hipótesis de reconstrucción de la historia del derecho natural que tiene relación con la idea de tradición en sentido epistemológico. En vez de comprender el derecho natural como una manera de concebir una especie de ética universal, se le ha interpretado como una concreta forma o estilo de investigación

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

moral históricamente y socialmente radicada. Una tradición es un saber que se transmite, que pasa de una generación a la otra, que hace referencia a los mismos textos significativos, un contexto en el que se comparten conceptos y presupuestos. Respecto a ésta hipótesis quién investiga sobre el iusnaturalismo tiene que enfocar su especificidad histórica en la aproximación al estudio del derecho, sus constantes en el tiempo. Habría quizás que distinguir entre el método del iusnaturalismo y los contenidos a los que se llega, admitiéndose que con un mismo estilo de investigación se puede llegar a distintas conclusiones, pero la insistencia en la idea de tradición parece exigir que también los resultados que se obtienen deban ser los mismos.

La concepción del iusnaturalismo como tradición quiere decir aún algo más: hay que hacer cuentas con un preciso desarrollo histórico y social y no se puede entender el iusnaturalismo fuera de ahí. Aquí se ve la diferencia con la idea de que el derecho natural es otro modo de hablar de una ética universal.[17] En el caso en el que se entienda que el iusnaturalismo es una especie de ética universal, su historia aparece como una línea sin solución de continuidad, pues se pueden dar diferentes modos de concebir esa ética universal. En el caso en el que se entienda que el iusnaturalismo es una tradición, en su historia debe identificarse su origen, su mejor realización y también sus degeneraciones.

La elección de la segunda hipótesis está motivada por las dificultades que suscita una ética universal abstracta, descontextualizada y válida para todos y por la unida exigencia de determinar el contexto de la investigación moral. En este sentido es interesante notar que la perplejidad respecto al conocimiento universal es compartida también *dentro* del iusnaturalismo, lo que da la idea de que se trate de un punto difícil y controvertido en general. La tesis epistemológica que sostiene esta hipótesis de lectura del iusnaturalismo es que cada versión concurrente de la justicia exige un estilo distinto de la razón práctica.[18] La racionalidad es práctica cuando se aplica a los siguientes problemas: ¿qué es justo hacer?, ¿cuáles son los criterios de acción más apropiados?, ¿qué se debe hacer en esta circunstancia particular? Se trata de un conocimiento que alcanza su satisfacción no en el mismo conocer, sino en la determinación de la acción a cumplir. Desde Aristóteles (384 a. C. – 322 a. C) se distingue así la razón práctica de la razón teorética (o el uso de la razón en el ámbito práctico y el uso de la razón en el ámbito teórico o teorético).

[17] Porter, Jean, "A tradition of civility: the natural law as a tradition of moral inquiry", *Scottish Journal of Theology*, vol. 56, núm. 1, 2003, pp. 23-48.

[18] MacIntyre, Alasdair, *Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame Press, Notre Dame, 1988.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Se puede entender la tesis que se está presentando en este párrafo a partir de la contribución a la epistemología moral de MacIntyre y de su crítica al proyecto de la Ilustración:[19] este autor ha sostenido la imposible neutralidad de la racionalidad –sostenida por el pensamiento ilustrado– pues la razón trabaja con conceptos presupuestos y en contextos específicos de argumentación.[20] El desacuerdo sobre la justicia estaría en la diversidad de las racionalidades prácticas posibles. En otras palabras, las múltiples contestaciones a la pregunta sobre lo que es justo depende del instrumento con el que se pretende contestar a la misma pregunta, es decir, la misma razón. En consecuencia, para contestar a la pregunta sobre lo que es justo hay que establecer antes qué se entiende por racionalidad práctica y cuáles son sus mecanismos y sus criterios.

La cuestión fundamental es entonces saber cuáles son las características de la racionalidad práctica típicas del iusnaturalismo. A esta pregunta se intentará dar contestación en el siguiente párrafo. Por ahora hay que contestar a ésta otra: ¿cuál es la tradición común a la que hace referencia el iusnaturalismo? Como se decía antes, esta interpretación del iusnaturalismo exige que se distinga entre sus orígenes, su modelo de referencia principal y sus degeneraciones. Limitándonos a la parte de la historia que estamos examinando, parece que lo que llamamos edad antigua del derecho natural (principalmente con la contribución estoica y aristotélica) es el taller en el que se forja el pensamiento iusnaturalista, que llega a su perfección en la asunción de esta heredad por parte del cristianismo: desde Agustín a Tomás de Aquino, con sus seguidores, a través de la segunda escolástica, *grosso modo* hasta el siglo XVII (con Grocio y Locke, sobre los que se dirá más adelante); una tradición que se disuelve con el iusnaturalismo moderno. La especificidad de la tradición iusnaturalista, según esta hipótesis, estaría en una concepción de la razón que se apoya en la revelación cristiana (presente en las Sagradas Escrituras) como expresión de la sabiduría divina, en la que la razón humana busca o bien elementos de racionalidad que impulsan la investigación moral, o bien garantías para lo que logra alcanzar por sí misma. Para entrar en el club de los iusnaturalistas no sería sufi-

[19] Vid. MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 2007 (primera edición 1981).

[20] Por el reconocimiento del papel de la tradición en el proceso cognoscitivo ha abogado también la corriente hermenéutica. Gadamer, Hans G., *Verdad y método*, Edición Sígueme, Salamanca, 1999 [1960].

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ciente sostener cualquier idea de la razón, sino la que es compatible con la revelación.

Como hipótesis y como reacción a aquellas versiones iusnaturalistas que han exagerado en el universalismo abstracto, esta segunda propuesta es interesante, aunque parece pedir demasiado. Si la función histórica del derecho natural ha sido la de ser criterio y medida del derecho positivo, sostener que hay que pertenecer a una única tradición histórica y social —prácticamente la del cristianismo— parece poco razonable (también desde el punto de vista del derecho natural cristiano). Si todas la versiones del iusnaturalismo asumen una forma de objetivismo moral (hemos visto que también una parte del iuspositivismo hace lo mismo), teniendo en cuenta la dificultad de la reflexión moral (cosa que hasta la pluralidad de posiciones iusnaturalistas demuestran), seguirán existiendo versiones distintas de lo que es justo. Y si esos resultados servirán para valorar críticamente el derecho positivo, se tratará de posiciones de alguna manera clasificables como iusnaturalistas. Además, si a esto se añade el tipo de aproximación del iusnaturalismo antiguo (y medieval) – *bottom up* y no *top down* –, el derecho natural tenderá a mantenerse inalterado en la medida en que las instituciones jurídicas mantienen una coherencia, mientras que plausiblemente cambiará en la medida en que el derecho se irá transformando en su estructura y en su contenido. Para mostrar esto se tendrá que entrar en el detalle de la evolución histórica del derecho natural, no sólo clásico, medieval e ilustrado, sino también contemporáneo.[21]

En el rechazo de esta lectura, en conclusión, juegan una buena parte todas las formas de iusnaturalismo, pues todas ellas miran a una universalidad obtenida con la razón humana, aunque ésta no excluya la revelación. La constante del iusnaturalismo es el uso de la razón en el juicio del derecho.

4. *Derecho y natural*

Antes de pasar a la historia de las etapas más destacadas de este movimiento, hay que aclarar lo que significa el derecho natural para el iusnaturalismo, distinguiendo dos expresiones a menudo usadas como sinónimos: *derecho natural* y *ley natural*. Para eso podemos servirnos de algunas observa-

[21] Esta enseñanza (la relevancia de la configuración del derecho sobre el estudio del derecho) ha sido puesta a fruto por Todescan en su última reconstrucción de la historia de la filosofía del derecho, en la que hace preceder al estudio de las corrientes filosóficas una análisis de la jurisprudencia del tiempo. Todescan, Franco, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 2009.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ciones de Maritain a propósito de las tesis de Tomás de Aquino.[22] Más allá del significado preciso que se les pueda dar, el punto fundamental es que derecho y ley son dos términos analógicos, es decir, pueden ser usados de distintas formas entre ellas ligadas por una relación semántica de semejanza. Así, se puede hablar de *derecho positivo*, de *derecho natural*, de *derecho divino*, por un lado, y de *ley eterna*, *ley natural*, *ley positiva*, por otro. Las diversas expresiones que contienen el mismo término significan cosas distintas pero mantienen una relación de semejanza, pues de otra manera, el significado resultaría equívoco y, por lo tanto, más valdría abandonarlo. En cada uno de estos grupos cabe distinguir la expresión que mejor refleja el significado semántico (que se llamará el analogado principal o significado central o paradigmático) y las otras, que brillan de alguna manera de luz refleja (analogados secundarios o significados secundarios).

Pues bien, según la interpretación de Maritain, Tomás de Aquino afirma que, en el primer grupo de significados analógicos, alrededor del término *derecho*, el analogado principal, es decir el sentido ejemplar de *derecho*, es la expresión *derecho positivo*, mientras que las otras expresiones son derivadas e imperfectas. El concepto de *derecho* se encuentra por excelencia en la expresión *derecho positivo*, mientras que las expresiones *derecho natural* y *derecho divino* son semejantes a la primera pero de alguna manera imperfectas o incompletas desde el punto de vista semántico: les falta algo importante para alcanzar el significado central de *derecho*. En este sentido, el derecho natural es un derecho en sentido derivado o secundario (*secundum quid*). La razón es que el derecho (positivo) está caracterizado por ser promulgado, por ser eficaz, por tener fuerza coactiva (concepto de validez jurídica). Y estos caracteres difícilmente se dan en el derecho natural (o en el derecho divino).

Vice versa, en el caso de la ley, el analogado principal es la ley eterna, mientras que la ley natural y la ley positiva son significados secundarios. La justificación estriba en que la ley es ordenación de la razón al bien, y se supone que la sabiduría divina, siendo superior a la humana, es más excelsa en su capacidad de dirigir al bien las criaturas. La ley eterna es el orden de todo lo existente hacia su perfección y su bien; la ley natural es el orden de la razón humana que dirige la acción hacia el bien (no solamente del bien

[22] Maritain, Jacques, *Nove lezioni sulla legge naturale*, Jaca Book, Milano, 1985, lección segunda.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

individual, como el de la autoconservación); la ley positiva es la ordenación por parte de la autoridad de una comunidad política hacia el bien común.

¿Qué le falta al derecho natural respecto al derecho positivo? Positividad (promulgación, eficacia, coactividad). ¿Qué le falta a la ley positiva frente a la ley eterna? Sabiduría, es decir, de capacidad de dirigir hacia el bien o, en otras palabras, a su fin apropiado. Por esta razón, si se añade que según Aristóteles la ley humana tiene poder coercitivo porque es una regla que deriva de una cierta sabiduría e inteligencia,[23] se entiende que la relación entre razón (sabiduría, inteligencia) y coacción es, en general, estructural. Todo eso explica las contrastantes valoraciones de lo que es más importante en orden a definir lo que es ley: su capacidad de indicar un curso de acción o su carácter coercitivo, aunque no puede ser completa una definición que excluye uno de los dos elementos.

A la luz de la anterior precisión, la locución *derecho natural* será preferida por los que asumen el método *bottom-up*, pues a partir del derecho positivo lo más cercano es el derecho natural. La expresión ley natural será preferida por los que asumen la perspectiva *top-down*, pues –dejando de lado la ley eterna– la ley natural es la que se presta para hacer de punto de partida de un sistema racional y universal. En la primera perspectiva, se entiende que lo que interesa no es tanto la construcción de un sistema ideal, sino –si acaso– la mejora del derecho existente. Al contrario, de la ley natural hay que descender hacia la ley positiva, y en esta perspectiva es más fácil que se pierda el contacto con el derecho existente: en esto radica la diferencia entre las distintas formas de iusnaturalismo.

Otra importante razón para preferir la locución *derecho natural* a *ley natural* es que el derecho aspira a la justicia, y *iustitia est ad alterum*, la justicia tiene que ver con lo que es intersubjetivo. En este sentido, se puede sostener que en realidad el derecho natural es una parte de la ley natural, aquella que tiene que ver con las relaciones intersubjetivas. Derecho natural y ley natural están como una parte (derecho natural) al todo (ley natural). Esta notación es importante porque indica que la objetividad que el derecho natural busca no es la de todo el campo de lo ético, sino la objetividad de lo debido en las relaciones intersubjetivas, que es, en otras palabras, el significado de la justicia. Lo que se propone entender el derecho natural es –por ejemplo– qué es lo debido a los individuos por parte de los demás individuos, en las relaciones en que se encuentran: de reciprocidad (la justicia del intercambio), de responsabilidad (la justicia en la distribución) o lo debido a cada ser humano (sus derechos). En ese sentido, el iusnaturalismo

[23] *Ética a Nicómaco*, 1180a 20.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

es menos ambicioso de lo que se piensa. Algo que se puede aprender del iusnaturalismo clásico (y medieval) es que el alcance del objetivismo necesario para la crítica del derecho es circunscrito y limitado a lo que tiene que ver con la justicia (y no con la felicidad personal o con la moralidad integral de los sujetos). Y que a la identificación de todo eso se llega a partir del derecho existente.

En cuanto de alguna manera objetivo el derecho natural es indisponible. De esta manera se puede introducir un primer significado de *natural*: como medida del derecho positivo su contenido no puede depender del mismo derecho positivo que pretende juzgar. También suele decirse que no depende de la voluntad humana, mientras que el derecho positivo depende ciertamente de la voluntad humana, aunque esto no aclara muy bien las cosas. Decir que todos los hombres son iguales por naturaleza significa decir que la igualdad o la desigualdad no la establecemos nosotros, sino que las cosas son razonablemente así. No quiere decir necesariamente que lo haya establecido otra voluntad (la de Dios, por ejemplo). El motivo para sospechar de esta última interpretación es que depende de una imagen unívoca de la noción de derecho, contra su caracterización como término analógico que antes se recordaba. Que se trate de un término analógico significa que no es necesario que así como el derecho positivo está puesto por voluntad de los hombres, el derecho natural esté puesto por voluntad de Dios. La indisponibilidad del derecho natural está conectada con su razonabilidad. Una tesis que frecuentemente subyace a la oposición racionalismo-voluntarismo es aquella según la cual lo que depende de la voluntad está libre de vínculos racionales, pero esta lectura tiene que ser probada y es a menudo engañosa. Más acertado es sostener que el derecho natural es un derecho en el que cuenta más la razón que la voluntad.[24]

Para empezar a ilustrar las distintas etapas del desarrollo histórico del iusnaturalismo, habrá que tener presente que uno de los conceptos clave y variables en este desarrollo es el de *razón*. La otra variable es la misma percepción o concepción del derecho. Cuando el derecho positivo será conce-

[24] Ya se ha visto que todos los iusnaturalismos reservan un papel importante a la razón. Para encontrar una posición distinta hay que apelarse al voluntarismo, en la que se hace hincapié en el papel de la voluntad, también en la determinación de lo que es el derecho natural. Obviamente en este caso se trata de la voluntad de Dios. La teoría voluntarista sostiene que el derecho natural es tal no por ser racional, sino por ser querido por Dios, lo cual implica que podría también ser irracional. La tesis es contrastada ya por Platón en el diálogo *Eutifrón* (XI-XII, 10, a-e).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

bido como relación o institución, el derecho natural será entendido como criterio de valoración de estas instituciones; cuando el derecho positivo se centrará en la libertad o la facultad de los sujetos, el derecho natural aparecerá como el conjunto de libertades y facultades que pertenecen al sujeto y que no dependen del derecho positivo; cuando el derecho positivo será concebido como un sistema de normas, el derecho natural aparecerá como un código paralelo al código de derecho positivo. Lo que demuestra esta lista de posibilidades es que el modo de concebir el derecho natural depende del modo de entender el derecho positivo.

Otro modo de entender el derecho *natural* es oponerlo al derecho *artificial*. El significado es prácticamente el mismo: el derecho artificial depende de la capacidad y de la voluntad humanas que construyen el derecho existente, mientras que el derecho natural no es construido de la misma manera. El problema se pondrá a la hora de entender cómo se produce éste último: la divinidad, la naturaleza, la razón como opuesta a la voluntad. Este último caso, como ya se ha dicho, es el más problemático, pues es controvertido cómo la voluntad pueda decidir sin la razón o vice versa.

Un último significado del adjetivo *natural* se puede obtener contrastándolo con *convencional*. Obviamente todo el derecho positivo es convencional (y esto lo reconoce fácilmente también un iusnaturalista), pues se trata de una práctica social, a la que dan vida decisiones y comportamientos socialmente relevantes y verificables por parte de los actores humanos. ¿Qué puede significar en este contexto *derecho natural*? No puede pensarse que natural esté por *no convencional*, pues el derecho no se encuentra en el mundo de la naturaleza y también la búsqueda del derecho natural depende de los mismos sujetos que dan vida al derecho positivo. El derecho natural tiene que ser necesariamente convencional en el sentido de compartido, discutido, elaborado por sujetos dotados de razón. Lo que lo distingue del derecho positivo es precisamente que se apoya sobre la razón y no sobre la fuerza: no puede imponerse sino que tiene que convencer.

Hasta ahora se ha reflexionado sobre *natural* como adjetivo, dando por descontado que éste es el uso correcto del término. A menudo se piensa que lo determinante en el significado de derecho natural es, sin embargo, el uso de *natural* como sustantivo: la noción de naturaleza. Los iusnaturalismos se distinguen por lo que entienden que es la naturaleza: el cosmos, la naturaleza humana, aquello que el derecho debe respetar y que parece ya dado. El punto importante a este propósito es que lo que es relevante para el iusnaturalista no es la naturaleza en sí (las inclinaciones humanas, la madre naturaleza o el orden del universo) sino –si acaso– el juicio que la razón da sobre ellas, estableciendo que el derecho debe respetarlas. En consecuencia,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

también en el caso en que se use el sustantivo, lo determinante para el iusnaturalismo es la razón humana.

III. Desarrollo histórico

Una de las impresiones generales de la historia del iusnaturalismo hasta la época moderna que más llama la atención es su solidaridad teórica con el pensamiento filosófico general o por lo menos con el pensamiento filosófico-político y social. Los representantes del iusnaturalismo son en realidad filósofos que se ocupan del derecho como de un fenómeno humano en relación con otros fenómenos humanos;[25] en este sentido, el iusnaturalismo parece ser una *filosofía* del derecho hecha por los filósofos. Sin embargo, ya se ha dicho antes que la distinción entre derecho natural y derecho positivo es una creación de juristas, más que de filósofos, pues el *derecho existente o positivo* es aquello sobre lo que los juristas trabajan en lo que es su estudio principal: la jurisprudencia o la *ciencia del derecho*. Esta notación pone ya desde ahora en relieve una tensión que caracteriza la filosofía del derecho desde siempre y que se puede resumir en una pregunta: ¿es la filosofía del derecho obra de los filósofos o de los juristas? Si vale la hipótesis que se ha defendido en el anterior párrafo, *según el modelo iusnaturalista* la balanza se inclina a favor de los juristas o por lo menos de quienes se interesan al derecho existente, aunque esta tendencia se podrá debilitar en determinados momentos de la historia. Si vale la impresión que se obtiene cuando se observa a los representantes más significativos de la parte de la historia que aquí se desarrolla, la balanza se inclina hacia los filósofos. Para enfocar adecuadamente esta aparente alternativa habría que profundizar en los planteamientos epistemológicos característicos de las distintas edades en estudio, pero esto nos llevaría demasiado lejos. Es suficiente tomar conciencia de que la especialización del saber no es cierto una característica del período que estamos analizando, sino más bien reciente. Además, puede decirse que las preguntas que pone el iusnaturalismo –vengan de juristas, vengan de filósofos– son preguntas *filosóficas*. En este sentido, la historia de la filosofía del derecho puede hacerse coincidir con la historia del iusnaturalismo. Más precisamente (y provocativamente) podría decirse que quién hace preguntas filosóficas sobre el derecho está asumiendo una posición iusnaturalista; el iuspositivismo tiene su posibilidad o en el tipo de respuesta

[25] Cotta, Sergio, *Diritto persona mondo umano,* Giappichelli, Torino, 1989, pp. 123-155.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que se da a esas preguntas o en un contexto de especialización del saber humano.[26]

El estudio del desarrollo histórico del iusnaturalismo clásico, medieval e ilustrado según estas premisas es extremadamente complicado, sobre todo en un espacio limitado. Por un lado, hay que tener en cuenta el desarrollo del derecho durante dos milenios (lo cual es ciertamente difícil, aún limitándonos a una experiencia bastante restringida, la occidental). Por otro, hay que esquematizar líneas de conjunto y para eso es necesario seleccionar aspectos que no pueden dar cuenta adecuada de una historia riquísima de contribuciones y de matices importantes. Por estas razones, nos guiaremos por la exigencia de poner en evidencia para qué sirve estudiar el iusnaturalismo, más que reconstruir lo que el derecho natural ha sido efectivamente, corriendo el riesgo de no tratar nuestro objeto adecuadamente desde el punto de vista histórico y de cometer demasiadas simplificaciones. La esquematización es el precio a pagar por la visión de conjunto.[27]

1. *Los orígenes*

Ya se ha dicho que la idea de derecho natural se encuentra en la filosofía griega y en la filosofía y jurisprudencia romanas. La distinción aristotélica entre justicia natural y justicia legal encuentra su paralelismo en la jurisprudencia romana, como diferencia entre derecho natural, por un lado, y derecho positivo (civil y de gentes) por otro. En ambos casos se trata de la justicia del derecho positivo. En la literatura griega que conocemos, el conflicto entre las leyes humanas y las leyes divinas y la pregunta sobre la obediencia debida a las primeras es un tópico, bien de las tragedias, bien de obras filosóficas.[28] Sobre el método de la jurisprudencia romana ya se ha dicho. Ahora hay que explicar qué es el derecho natural para algunos representantes de ésta época y su significado para el derecho positivo. Puede ser interesante a éste propósito examinar dos contribuciones significativas

[26] Como tipo de preguntas, el iuspositivismo parece más cercano a la teoría del derecho que a la filosofía del derecho.

[27] La bibliografía seleccionada contiene obras que desarrollan puntos sobre los que aquí no es posible detenerse.

[28] "Antígona" es una tragedia de Sófocles en la que la protagonista se apela a las leyes no escritas de los dioses contra la orden del tirano de Tebas, Creón, que le impide dar sepultura a su hermano Polinice por haber luchado contra la ciudad. "Critón" es un diálogo de Platón en el que Sócrates y sus amigos, principalmente Critón, en la inminencia de la muerte del primero, discuten si y por qué hay que obedecer a las leyes de la *polis* y en particular a la sentencia de muerte de Sócrates.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

por parte de juristas: en la edad de la república romana, Cicerón (106-43 a.C.); en la edad imperial, Ulpiano (170 aprox.-223 d.C.).

Cicerón es relevante por su síntesis entre la tradición griega y romana. De la primera asume sobre todo la enseñanza del estoicismo.[29] Para la comprensión del derecho natural el estoicismo es importante por la centralidad del *logos* o razón. La doctrina estoica (en la parte que aquí interesa) se funda sobre el principio según el cual el ser humano participa de una razón universal, que es origen y providencia del mundo, y que es también el fundamento de un único género humano al que pertenecen todos. La virtud del ser humano consiste en vivir en coherencia con su naturaleza de ser racional, controlando lo que a ello se opone (como las pasiones). El derecho natural para Cicerón es pues la ley de la razón. Para conocerla habrá que conocer las inclinaciones naturales de los seres humanos, sus más profundas tendencias, sin dejarse engañar por las pasiones. Cicerón propone una lista de ellas: la autoconservación; la procreación y el cuidado de sí mismos y de los hijos; la amistad con los demás seres humanos, sobre todo con los más cercanos aunque dentro de una comunidad que abraza todos los hombres; la búsqueda de la verdad y del bien. Todo eso explica instituciones jurídicas como la propiedad, la familia, la patria. Muchas de esas inclinaciones o instintos son comunes a los hombres y a los animales, pero la diferencia entre éstos y los seres humanos es el modo en que éstos realizan esos fines: con la razón y no solamente como resultado del instinto.

En la misma línea, Ulpiano identifica la justicia como el fin del derecho: equivocadamente hace derivar *ius* de *iustitia* (mientras filológicamente parece más acertada la hipótesis contraria). Ofrece una definición del derecho natural como aquello que la naturaleza enseña a todos los animales: *quod natura omnia animalia docet*,[30] una fórmula exitosa. Quizás la razón del éxito es su ambigüedad, pues se presta a interpretaciones que van desde el naturalismo biológico (el derecho natural se identificaría con la Madre-Naturaleza) a la naturalidad de la razón, de modo similar a la posición de Cicerón, decididamente orientada a esto último. En realidad, la versión común a los dos pensadores es la más aceptable, en ambos por influencia del estoicismo. Esta misma versión será también dominante durante el medioevo cristiano.

[29] Escuela filosófica griega fundada por Zenón de Citio.
[30] Corpus Iuris Civilis, Digesto, 1, 1, 1, 3.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

2. *El cristianismo medieval*

La tradición cristiana del derecho natural, que se forma en el encuentro entre el cristianismo y las doctrinas del derecho natural antes indicadas, es riquísima y diversificada. Como carácter general hay que notar que los pensadores cristianos tenderán a asumir como propias las tradiciones filosóficas y jurídicas de las que se ha hablado, como demuestra el hecho de que el derecho común durante los siglos que llamamos medievales será el mismo derecho romano, sistematizado en el *Corpus Iuris Civilis*[31] y comentado ampliamente por *glossatori* y comentadores.[32] Más allá del problema de cuánto este trabajo de compilación y de anotación haya en realidad transformado el mismo derecho romano, a esta tradición jurídica hay que añadir la creación de un nuevo derecho, el derecho canónico. Respecto al derecho civil, el derecho canónico es un tipo de instrumento jurídico que sirve a una finalidad espiritual o moral, lo cual tendrá consecuencias sobre su evolución y también sobre el desarrollo del derecho en Occidente, pues categorías del uno influenciarán al otro.[33] También del derecho canónico se hará una compilación similar al *Corpus Iuris*, que es la *Concordia discordantium canonum*, o Decreto de Graciano (1140), que sucesivamente tendrá la misma suerte del *Corpus Iuris* a través de los comentadores llamados decretistas.

La idea de que el saber jurídico deba trabajar sobre un material racional –en el sentido que no tenga contradicciones o de que las contradicciones inevitables sean de alguna manera eliminadas– es un elemento importante en la evolución bien del derecho positivo, bien del derecho natural occidental. Este tipo de evolución jurídica, que favorece la reflexión sobre las relaciones recíprocas entre institutos jurídicos y la comprensión del derecho como un conjunto ordenado, inclinará progresivamente la ciencia jurídica hacia una actitud sistemática, en la que la razón será protagonista en encontrar vínculos y crear nexos. En buena parte, la suerte del derecho natural irá unida a esta presencia de la razón en el derecho (a veces dando lugar a tendencias claramente racionalistas), a la que se opondrá el voluntarismo, que pondrá el acento en el papel de la voluntad o de la decisión en

[31] Lo hizo componer el Emperador romano Justiniano (482-565). Está dividido en el *Codex* o compilación de las *constitutiones*, el *Digesto* o compilación de los *responsa* de juristas ilustres, las *Institutiones* o manual de uso didáctico, las *Novellae* o leyes posteriores).

[32] Se hace referencia a la escuela de juristas de Bolonia, que se ocupan de anotar (*glossare*) o comentar el *Corpus Iuris*.

[33] Por ejemplo la relevancia de la intención en el derecho moderno puede derivarse del derecho canónico.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

la creación del derecho. Como ya se decía con anterioridad, lo racional puede tener el significado de *natural* o *indisponible*, mientras que la dimensión artificial del derecho se identifica con lo que depende de la decisión o voluntad de quién crea el derecho. Desde este punto de vista bien se puede intuir cuán problemático es distinguir el derecho positivo del natural, pues razón y voluntad se entretejen inevitablemente en el derecho positivo.

Como se anunciaba antes, el tipo de operación que los pensadores cristianos hacen respecto al pasado es el de asumir sin problemas la tradición heredada, añadiendo junto a la razón humana la revelación divina como ayuda para la primera. En este sentido, ya en plena síntesis, aunque el Decreto de Graciano diga que *ius naturale est id quod in Lege et Evangelio continetur: quo quisque iubetur alii facere quod sibi vult fieri, et prohibetur alii inferre quod sibi nolit fieri*,[34] haciendo referencia explícita al patrimonio de la religión hebraica y cristiana, el derecho natural sigue siendo concebido como universal, como demuestra la segunda parte de la frase, que contiene la llamada *regla de oro*. La explicación se encuentra en el convencimiento que el derecho natural está a disposición de todo ser humano que con su razón se pregunte cuáles son sus inclinaciones fundamentales, pues hay una ley inscrita en el corazón del hombre que es la ley de la razón.[35] El hecho de que el contenido del derecho natural haya sido ya individuado por pensadores anteriores a la existencia del cristianismo de alguna manera confirma su universalidad. Así, por ejemplo, Tomás de Aquino hablará de las inclinaciones naturales en un sentido similar a Cicerón. Si esta tesis es correcta, entonces la hipótesis de que el derecho natural es una tradición epistemológica y social conectada necesariamente al cristianismo no es aceptable, al menos en relación al pasado.

Ciertamente, en la perspectiva de Tomás de Aquino (y en general para estos pensadores), el último fundamento de la obligatoriedad de la ley natural está en la ley divina, pues ya se ha recordado que la ley –en cuanto ordenación de la razón al bien– es por excelencia la ley divina, y sólo de manera derivada la ley natural y la ley humana. En esta perspectiva, el concepto de obligación está ligado al de necesidad racional para el fin: si se quiere un fin (bien), hay que querer el medio (la acción que consigue el fin, y que por tanto resulta obligatoria). Aquí está un punto fundamental para la caracterización del derecho natural cristiano medieval: la ley natural es

[34] Decretum Gratiani, I, dist. I, in princ.
[35] San Pablo, *Carta a los Romanos*, 2, 14-16.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

una chispa de la razón divina y participación de la ley eterna en la criatura racional. Por este motivo, la razón humana es capaz de entrever lo que es necesario racionalmente y por lo tanto obligatorio. Es verdad que, en última instancia, solamente la razón divina creadora puede obligar, en cuanto es la mejor guía para el bien, pero la razón humana como participación a la razón divina puede aferrar lo que es obligatorio en tanto en cuanto es necesario desde el punto de vista racional en orden al fin.

Podría decirse entonces que, mientras el derecho natural es conquista humana en cuanto racional y por eso se le puede definir como una ética natural, no se explica la capacidad de la naturaleza de la razón humana sin hacer referencia a ley eterna. Sin embargo, esta última cuestión no es de competencia de los juristas ni de los filósofos del derecho, que se ocupan principalmente del derecho y sólo instrumentalmente de la razón. Lo basilar es que la razón constituye un método universal para la búsqueda del derecho justo. La función de la revelación es la de acrisolar las consecuencias de la razón humana. Desde este punto de vista, el abandono de la revelación divina como punto de referencia traerá consigo un importante cambio en la historia del pensamiento iusnaturalista, aunque no tendrá por qué romper su continuidad. Todo esto será posible en un clima de transformación dentro y fuera del mundo griego-hebraico-cristiano, hasta entonces un marco común cultural. Dos circunstancias resaltan en ese pasaje: lo que trae consigo el descubrimiento de América, con el descubrimiento de la diferencia antropológica, y la reforma protestante, con sus implicaciones en la difusión del pluralismo moral.

3. *El iusracionalismo o iusnaturalismo ilustrado*

La exposición de esta fase de la historia del iusnaturalismo es la que más se presta a simplificaciones excesivas. También aquí se hace necesario proceder por pinceladas para no perder la idea de conjunto.

Desde el punto de vista jurídico dos son los fenómenos fundamentales para entender el desarrollo del iusnaturalismo. Por un lado, el nacimiento del estado moderno y –como la otra cara de la misma medalla– su proyección internacional, en un derecho de gentes que se acerca cada vez más al derecho internacional. Por otro lado, la centralidad asumida por el individuo y por la categoría jurídica que testimonia esta centralidad: el derecho subjetivo. Se trata de dos fenómenos que son el fruto de una incubación muy larga, y que solamente con esfuerzo pueden ser colocados en un momento concreto del tiempo. Ciertamente, uno de los anillos de esta evolución es la llamada *Segunda Escolástica*, que sigue y adapta a las nuevas cir-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cunstancias la enseñanza de Tomás de Aquino (a veces traicionándola) y cuyos mayores representantes —Francisco de Vitoria (1483-1546) y Francisco Suárez (1548-1617)— tendrán influencia decisiva sobre los protagonistas de esta fase del iusnaturalismo. En Vitoria —seguido por Suárez— encontramos ya el uso de una noción clara de derechos subjetivos naturales a reconocer a todos los hombres, también a los "diversos" de la época, es decir, a los indígenas de América.

Desde el punto de observación que aquí estamos manteniendo, para entender el iusnaturalismo en esta época, la figura más destacada es Hugo Grocio (1583-1645). Como se apuntaba al final del párrafo anterior, la ruptura de la unidad cultural pone una pregunta sobre cómo debe ser entendido el derecho natural una vez desaparecido el marco común del cristianismo. Grocio sigue manteniendo fidelidad a la tradición que lo precede,[36] en particular sobre el papel de la revelación, pero del derecho natural –la conservación de sí y de la sociedad, en extremada síntesis– afirma que subsistiría igualmente aunque se admitiera (lo cual a su juicio no podría hacerse sin impiedad) que Dios no existiera o que no se ocupara de los hombres: *etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*. Esta famosa frase, que se encuentra en el párrafo 11 de los prolegómenos al *De iure belli ac pacis*, le ha valido el título de representante más significativo del iusnaturalismo laico (en el sentido de independiente de la religión) y racionalista.

Como se puede observar, el contenido del derecho natural sigue siendo prácticamente el mismo, aunque se irá reforzando un matiz individualista, pues se pone el acento sobre lo que es debido a cada individuo, es decir sobre sus derechos. El derecho natural empieza a hacer referencia primaria y constante a lo que se entiende por *naturaleza*, sea la humana individual o la de la sociedad, de alguna manera entificadas, y no ya a la justicia como fin del derecho. El instrumento de identificación del derecho natural es el mismo que en el período precedente, es decir la razón, aunque progresivamente se irá afirmando su independencia respecto a la revelación y por lo tanto su autonomía epistemológica, reforzada también gracias al cambio de paradigma gnoseológico derivado de la difusión del método y de la mentalidad de la ciencia moderna. En este contexto, el iusnaturalista moderno abandonará la perspectiva finalista porque es demasiado metafísica[37] y

[36] Basta leer el comienzo de su obra y las citas que hace. Vid. lecturas aconsejadas.

[37] Es difícil usar adecuadamente el término *metafísico*. Como es sabido, viene de la colocación de ciertos libros de Aristóteles, que se encontraban después del libro de la *Física*, aun-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

abstracta y asumirá el estilo de investigación empírico típico de la ciencia, que si acaso estudia la causa eficiente. Esta última es lo que empuja al movimiento o mueve a la acción. La naturaleza para el pensamiento griego es un principio dinámico intrínseco que mira hacia un fin; es más causa final que eficiente.

Los más significativos representantes de este desarrollo del iusnaturalismo —entre otros— son Thomas Hobbes (1588-1679) y Samuel Pufendorf (1632-1694). Para ambos, la naturaleza humana va estudiada a través (y el derecho natural extraído) de la observación de las cosas humanas, de los comportamientos humanos efectivos. En el caso de Hobbes, la ley natural es un teorema de la razón (un cálculo) y su precepto principal es el de pasar del estado de naturaleza de guerra de todos contra todos al estado civil, el único en el que es posible la sobrevivencia del individuo. En abierta oposición a Hobbes pero en continuidad de planteamiento, para Pufendorf la circunstancia de la *imbecillitas* (debilidad) humana hace que el fundamento del derecho natural sea la socialidad. Aquí es importante notar que se rechaza la tesis (filosófica-metafísica) de que el ser humano es un animal social o político, como la tradición había transmitido desde Aristóteles, y, al contrario, de observaciones empíricas se deducen algunas consecuencias sobre la naturaleza humana. Pero paradójicamente, cumpliendo este paso, a diferencia de la tradición filosófico-metafísica, estos autores sí que se hacen culpables de la acusación de infringir la *ley de Hume*, según la cual no es posible deducir prescripciones/normas/valores de hechos (como se recordará, una de las acusaciones del iuspositivismo contra el iusnaturalismo).[38] Cuando Aristóteles (y la tradición que lo ha seguido sobre ese punto) saca consecuencias normativas de la consideración filosófica de la naturaleza del hombre no está cayendo en esa falacia, pues no está tomando ocasión de datos empíricos.[39]

---

que llegó a significar el contenido de esos libros, en los que se desarrolla un examen filosófico de la realidad, según un método específico (indagación de las causas y de los principios de la realidad). El uso despreciativo que hoy tiene depende de la influencia de los epistemólogos del Círculo de Viena, a primeros del siglo XX, que consideran lo metafísico como algo no susceptible de investigación científica y por lo tanto inútil, si no dañino.

[38] La ley de Hume se llama así por David Hume (1711-1776), que criticando las obras de algunos autores iusnaturalistas de su tiempo notaba el paso (injustificado) de afirmaciones de hecho a prescripciones. Sobre la ley de Hume, la reconstrucción más completa y exhaustiva, Celano, Bruno, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994.

[39] En qué consiste el método filosófico y cómo se distingue del método científico o empírico no puede ser objeto de esta exposición. Otra cosa es que no sea posible un método filosófico-metafísico. Se tome nota del hecho que deducir de la dificultad o de la imposibili-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Una característica común a todos estos pensadores es el uso del instrumento epistemológico que consiste en distinguir el *estado de naturaleza* del *estado civil*. En general no se trata ni siquiera de una ficción histórica. Sirve más bien a identificar lo que precede la actual posición en la comunidad política, es decir, la ley natural. Según Hobbes, por ejemplo, la ley natural impone precisamente salir del estado de naturaleza de guerra de todos contra todos, a motivo de la exigencia de la sobrevivencia. Una vez abandonado el estado de naturaleza, la ley positiva es prácticamente absoluta: por esto Hobbes será considerado también el padre del iuspositivismo.

No se puede finalizar la historia del iusnaturalismo sin hacer referencia a John Locke (1632- 1704) y a Immanuel Kant (1724-1804). El primero desarrollará la noción *subjetiva* de derecho natural que ya se encuentran en Vitoria, Suárez y Grocio, entre los autores nombrados. No se habla ya de derecho natural sino de derechos naturales, pues su contenido es el conjunto de derechos naturales de los individuos. Sin embargo, estos derechos se siguen fundando en la ley natural. Por esa razón, los derechos naturales (la vida, la libertad y la propiedad ganada con el propio trabajo) son inalienables e irrenunciables. La ley natural no solamente no deja de ser obligatoria una vez abandonado el estado de naturaleza, sino que en el estado civil se hace todavía más coactiva. Así pues, el poder político nace limitado por títulos externos independientes del (y preexistentes al) mismo poder político, aunque se le necesite para garantizar la efectiva tutela de los derechos de los individuos. En este sentido, el tipo de aproximación de este iusnaturalismo es seguramente *top-down*. Lo será aún más en la medida en que se irán formando los presupuestos ideológicos de la edad de la codificación, cuando el soberano ilustrado intentará demonstrar que sus órdenes no son el fruto del arbitrio o del capricho sino promulgación de las leyes de la razón. En ese momento, el iusnaturalismo y el iuspositivismo coincidirán. Pero ya ésta historia no pertenece al presente capítulo. De todas formas, este desarrollo pone en claro que el derecho natural en esta época no es ya el contraste del derecho positivo, sino del poder político. De aquí en adelante, muchas posiciones iusnaturalistas se encontrarán en el campo de la filosofía política. En esta misma encrucijada nacerá la corriente que

dad de aplicar el método científico a ciertas realidades la inexistencia de éstas es precisamente una conclusión metafísica en el sentido despreciativo del término.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

llevará hacia la práctica de los derechos humanos, a partir de los derechos naturales.

La explicación de Kant puede ser dejada como última, por la originalidad de este pensador y por su importancia en la coronación de la parábola del iusnaturalismo moderno (véase, además, TEORÍA JURÍDICA DEONTOLOGÍA). La lectura de Hume y de Rousseau (1712-1778) despierta Kant del sueño dogmático de la razón, es decir de la ilusión que la razón pueda conocer integralmente la realidad. Por eso su obra filosófica está dedicada a la crítica de los límites de la razón e implica una revolución copernicana que consiste en que, en vez de pensar que el conocimiento humano se adapta a la realidad, es la realidad a adaptarse al conocimiento humano. En vez de formular juicios analíticos *a priori* (el método deductivo a partir de axiomas) o sintéticos *a posteriori* (el método inductivo o empírico), Kant fundará el método sintético *a priori*, que consiste, muy esquemáticamente, en la investigación sobre las condiciones *a priori* de la moralidad y del derecho. Según este autor, la condición *a priori* del derecho positivo es precisamente el derecho natural: esto quiere decir que la legislación positiva está legitimada en la medida en que se hace portavoz de las instancias racionales. El derecho natural es el conjunto de obligaciones que el hombre conoce con su sola razón, y que debe ser obedecido sin intervención externa, es decir, en régimen de completa autonomía. El derecho positivo es el conjunto de obligaciones emanadas por un legislador, sobre el presupuesto del derecho natural. Con esta contribución se llega al culmen del iusracionalismo y a la inversión total de la relación entre derecho positivo y derecho natural con la que hemos empezado, pues ahora es el derecho natural a ser condición de posibilidad del derecho positivo.

IV. Conclusiones en relación con el interés actual del iusnaturalismo para el estudio del derecho

El resumen de la evolución del iusnaturalismo que hemos expuesto, no obstante las limitaciones inevitables del intento de concentrar en pocas páginas una historia de milenios, nos permite traer algunas conclusiones. La primera es que el iusnaturalismo no es una posición teórica unitaria y homogénea, sino que —dentro de algunas coordenadas comunes sin las cuales sería imposible reconocer una identidad de fondo— son posibles versiones entre ellas bastante distantes.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Es bastante evidente que, independientemente de lo que se entienda por derecho natural y de su relación con el derecho positivo, el iusnaturalismo usa un código binario: justicia legal/justicia natural; derecho positivo/derecho natural. De alguna manera, ésta es la característica estructural del iusnaturalismo, y en un sentido mínimo, puede ser considerada una constante identificativa. El esquema puede ser modificado en su contenido manteniéndose invariada la estructura. También puede modificarse el plano en el que este discurso se coloca: ambas vías en el plano jurídico, o bien una en el ámbito moral y la otra en el jurídico. Desde este punto de vista, se puede identificar una actitud epistemológica típica del iusnaturalista: lo es todo aquel que sostiene que el derecho positivo es criticable y mejorable sobre la base ciertos criterios, aunque el punto de partida para la identificación de tales criterios fuera – por ejemplo – el irracionalismo, el sentimentalismo o el emotivismo, es decir, posiciones que no se apelan a la razón. En el fondo de esta aproximación se reconoce la tesis que el derecho (y su estudio) no es algo aislado, sino que forma parte de una experiencia humana y social (en este sentido, el iusnaturalista es filósofo del derecho). Hay que tener en cuenta que el fenómeno jurídico, entrando en relación con las demás dimensiones, puede concordar o contrastar con ellas. En esta línea, la actitud iusnaturalista –que puede ser definida crítica– está orientada por una consideración unitaria de la experiencia humana y social, sin que la unitariedad impida la distinción de esferas.

Sin embargo, en un sentido más intenso, el iusnaturalismo parece exigir una cierta razonabilidad de los criterios asumidos para valorar el derecho positivo. El motivo de esta exigencia tiene que ver con la justicia, que en su significado más simple está a indicar la presencia de una justificación. Como se decía con anterioridad, lo que verdaderamente se opone al iusnaturalismo es la tesis según la cual la justicia es la utilidad del más fuerte. ¿Qué significa entonces la apelación al derecho natural o a la justicia natural? Como no depende del más fuerte, significa que de alguna manera la concepción de la justicia a defender puede ser compartida por el más débil desde el punto de vista del poder contractual, es decir por quién se encuentra en una situación de desventaja. En un sentido muy simple, eso significa que lo razonable es independiente del equilibro de poder, del *status quo*. Lo justo no puede imponerse sino tiene que convencer. La medida de la razonabilidad y de la universalidad es precisamente el acuerdo por parte de quien no tiene poder contrac-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tual. La capacidad de convencimiento, también del más débil, es la base de la universalidad de la justicia natural. Universal, en este sentido, significa comunicable, compartible, común, pero no común entre los que comparten una situación de prevalencia, sino entre los que ocupan distintas posiciones, también las menos aventajadas.[40]

Este tipo de consideraciones recordará al lector ese sector de investigación que en los últimos cuarenta años ha alcanzado gran notoriedad gracias a la obra pionera de John Rawls, *Una teoría de la justicia*,[41] publicada en 1971, por lo que podría concluirse que el iusnaturalismo está superado pues, por un lado, el iuspositivismo ha sustituido el iusnaturalismo en el estudio teórico del derecho, y por otro las teorías de la justicia se ocupan de proponer criterios de juicio. El iusnaturalismo clásico nos enseña que la diferencia entre las posiciones iusnaturalistas y las doctrinas morales o las teorías de la justicia es el punto de partida del iusnaturalismo: el derecho positivo. Interesa la justicia del derecho y no simplemente la justicia o la justicia de la comunidad política (que es solamente una parte de la justicia que interesa el derecho, pues el derecho no es solamente político). Por esta razón el iusnaturalismo sigue señalando la importancia de indagar qué es el derecho, cuál es su naturaleza, a qué sirve, cuáles son los bienes que garantiza. La justicia del derecho –en este sentido es bien apropiado hablar de derecho natural– tiene que ver con la naturaleza/estructura del derecho.

En conclusión algunos tendrán la impresión que el iusnaturalista es un utópico, pues ve en el derecho lo que tendría que cambiar. Sin embargo, el iusnaturalista es también un defensor del derecho existente, por lo cual no asumirá sin necesidad una posición revolucionaria, pues sabe que el derecho que puede ser injusto en algún aspecto, es justo en muchos otros, y que generalmente las instituciones jurídicas son capaces de garantizar algunos bienes primarios, que están precisamente conectados con la existencia del derecho, como por ejemplo aquel conjunto de características que llamamos *rule of law*.[42] En algunos casos, la resis-

[40] Por esta razón, aún siendo la teoría utilitarista clásica una teoría racional de la justicia, pues la utilidad se alcanza con un cálculo, el hecho de que el criterio de la utilidad sea referido a la mayoría la excluye de las posiciones que pueden ser tomadas aquí en consideración.

[41] Rawls, John, *Una Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000 [1971].

[42] Una lectura importante en este sentido es Viola, Francesco, "La legge umana, rule of law ed etica delle virtù in Tommaso D'Aquino", Mangini, Michele y Viola, Francesco. *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 1-63.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tencia al derecho será necesaria y entonces habrá que estar dispuestos a pagar personalmente.

V. Bibliografía

1. *Bibliografía Seleccionada*

BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e Giuspositivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia del Derecho Natural: Un Ensayo*, Unam, México, 1999.

COTTA, Sergio, *Diritto persona mondo umano*, Giappichelli, Torino, 1989.

FINNIS, John M, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1992. (hay versión en español Cristóbal Orrego, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000)

FUENTES LÓPEZ, Carlos, *El Racionalismo Jurídico*, UNAM, México, 2003.

GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*, UNAM, México, 2002.

TODESCAN, Franco, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 2009.

VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Editions Montchretien, Paris, 1975.

VIOLA, Francesco, "Positive Law and Natural Law". *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, 2005, http://ivr-enc.info/index.php?title=Positive_Law_and_Natural_Law (fecha de consulta: 29 junio 2011).

WELZEL, Hans, *Derecho Natural y Justicia Material*, Editorial Aguilar, Madrid, 1957.

2. *Lecturas Aconsejadas*

SÓFOCLES. *Antígona* (aprox. 442 a.C.).
Se puede descargar en http://portal.bibliotecasvirtuales.com/estantes?fid=2622 (fecha de consulta 29 junio 2011) Sobre el conflicto entre las leyes no escritas de los dioses y las leyes del tirano.

PLATÓN. *Critón* (aprox. 395 a.C.). Se puede leer en

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/otrosAutoresdelaliteraturauniversal/Platon/Criton.asp (fecha de consulta 29 junio 2011) Se discute de las razones para obedecer a las leyes de la ciudad.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, capítulo V, 10: 1134a 15-1136a-9.
Se trata del capítulo dedicado a la noción de justicia natural y positiva.

CICERÓN. *De Officiis*, I, 3-5 (44 a.C.).
Qué es lo que se entiende por ley natural y cuáles son las inclinaciones humanas.

Tomás DE AQUINO, Summa Theologiae (1266-1273).
Prima pars secundae partis, quaestio 90, articulus 4 (sobre las características del derecho positivo); Prima pars secundae partis, quaestio 91, articulus 2 (sobre la definición de ley natural como participación a la razón divina).

Francisco DE VITORIA, *Relectio de indis*, I, 2, 22 (1539).
Se niega que la conquista de los Indios sea legítima por haber violado la ley natural, a motivo del carácter problemático de su conocimiento.

Hugo GROCIO, *De iure belli ac pacis* (1625). Prolegomena, §§ 1-14.
Sobre la noción de derecho natural en sentido racionalista.

Thomas HOBBES, *Leviatán: o la materia, la forma y poder de una república eclesiástica y civil* (1651).
Capítulo XIV, trata de la necesidad de pasar del estado de naturaleza al estado civil.

John LOCKE, *Segundo Tratado del Gobierno Civil* (1689).
Capítulo Segundo, Trata del estado de naturaleza, en el que la ley natural gobierna y obliga a todos.

Samuel PUFENDORF, "Specimen controversiarum circa ius naturale ipsi nuper motarum". En: SCANDICA, Eris, *Qua adversus libros de iure naturali et gentium obiecta diluuntur* (1677), cap. I.
Pufendorf hace una historia del derecho natural en la que se ve con claridad la especificidad del iusnaturalismo racionalista. (Hay traducción italiana en Bobbio, Norberto, *Principi di diritto naturale*, Paravia, Torino, 1952).

Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres* (1797).
Introducción, que trata de la noción de legislación jurídica y moral y de sus relaciones con la razón.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CAPITULO 2
IUSNATURALISMO CONTEMPORÁNEO

Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los problemas que dan origen a la noción de "lo natural"*. III. *Los principales autores iusnaturalistas contemporáneos*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Las etiquetas "iuspositivismo" y "iusnaturalismo" significan ya muy poco, tras dos largos siglos de contraposiciones y equívocos. Quizás las denominaciones tuvieron cierto sentido durante el apogeo del positivismo científico en el siglo XIX y hasta sus estertores hacia mediados del siglo XX, cuyo reflejo indirecto fue, en el ámbito jurídico, la pretensión de un estudio igualmente *científico* del derecho y la afirmación dogmática de que solamente cabe llamar "derecho" a las leyes positivas. Hoy, por el contrario, el uso de tales etiquetas es una fuente de confusión y de ambigüedad. Deberíamos abandonarlas para atenernos a la discusión de los problemas, sin importarnos si la solución correcta viene calificada de una u otra manera: *de nominibus non est disputandum!*

No obstante, una revisión de los problemas que dieron origen a la noción de *lo natural*, dentro de la cual surge la del *derecho* o *lo justo* natural, y de las posiciones ante esos problemas, puede arrojar luces acerca del sentido que alguna vez tuvo la contraposición entre esas tradiciones de pensamiento antitéticas y mutuamente excluyentes. El encuadramiento fundamental de esos problemas en su marco histórico ya ha sido expuesto,[1] y, aparte de confirmar la ambigüedad de la contraposición "iusnaturalismo" *vs*. "iuspositivismo", muestra que ha habido un periodo de dos

* Profesor de Filosofía Jurídica y Política, Universidad Católica de Chile.

[1] *Cfr.* capítulo precedente.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 37-59.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

siglos en los que quizás algunos pensadores —filósofos y juristas— vivieron bajo la ilusión de que podían abordar esos problemas sin recurrir a algún concepto funcionalmente equivalente al clásico de derecho, ley o justicia natural. De todos modos, para comprender en qué sentido cabe hablar todavía del "iusnaturalismo contemporáneo" hemos de trazar sucintamente de nuevo el panorama de las cuestiones disputadas (sección II), para finalmente presentar a los autores (sección III).

II. Los problemas que dan origen a la noción de "lo natural"

La expresión "lo natural" puede referirse a diversos órdenes de la realidad —teológico, ontológico, lógico, ético-político y técnico— y varía parcialmente de significado según cada contexto problemático. Un elenco de los diversos problemas ante los que se ha recurrido a la noción de lo natural puede servirnos para elucidar el significado posible del "iusnaturalismo" en la actualidad, sin escamotear el hecho de su fragmentación y sin negar la mencionada irrelevancia de las etiquetas en el debate contemporáneo sobre el "positivismo jurídico" y el "iusnaturalismo". El elenco que propongo —sin pretensión de ser exhaustivo— supera ampliamente el ámbito jurídico. Y es que no puede comprenderse el "iusnaturalismo" —ni la noción de lo natural en el derecho— si confinamos la investigación a una realidad definidad *a priori* como "el derecho". Por otra parte, este catálogo de cuestiones controvertidas permite advertir, en su variedad y complejidad, que las distintas tradiciones teológicas, filosóficas y culturales, se superponen —coinciden parcialmente— y no adoptan siempre la defensa de lo natural como solución ante el respectivo problema. Con otras palabras, una tradición de pensamiento y una persona particular pueden ser "iusnaturalistas" con respecto a determinado problema, y no serlo, o serlo de una manera parcial y cualificada, respecto de otro problema.

Vamos, pues, a nuestra lista de problemas.

1.º El problema del *origen y principio del mundo y del hombre*. La filosofía occidental nació como un intento de explicar por causas naturales, conocidas mediante la razón, el origen y principio de todas las cosas (*arjé*). La convicción de que la razón humana (*logos*) puede acceder a la naturaleza misma de las cosas (*physis*), al ser que se oculta bajo las apariencias —a la vez que se manifiesta en su aparecerse—, reemplaza paulatinamente a las explicaciones mitológicas, basadas en relatos que transmiten, ciertamente,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sabiduría popular acumulada, pero que no muestran las causas o principios realmente explicativos de las cosas. Si el principio explicativo es el agua o el aire o el fuego, o los cuatro elementos de Empédocles (tierra, agua, aire y fuego), o el Ser captado en su sublime, eterna unidad (Parménides), o las Ideas eternas que se plasman imperfectamente en la materia (Platón), o las cuatro causas que, según Aristóteles, confluyen en la constitución de las sustancias físicas y en su movimiento (materia y forma, causa eficiente y finalidad), todo eso coincide en lo que hasta hoy separa a la filosofía y las ciencias de los relatos imaginativos (aun cuando frecuentemente imbuidos de sabiduría milenaria). En este contexto, lo natural y lo racional van unidos (*physis* y *logos*) y se contraponen a lo mitológico, lo narrativo y lo imaginativo. Prácticamente todos los filósofos y juristas de la historia occidental se sitúan del lado de lo racional y, en este sentido, de lo natural. Todavía más: los intentos positivistas (Comte) y neopositivistas (Círculo de Viena) de expulsar las explicaciones metafísicas y teológicas fuera del ámbito del conocimiento racional son una reafirmación restrictiva de esa distinción entre lo racional/natural y lo sensible/imaginario. Estos intentos de restringir el *logos* llevan implícitos, sin embargo, un *relato mitológico* no probado racionalmente y que, conforme a sus mismos criterios de realidad o naturaleza (solamente existe lo material empírico) y de racionalidad (solamente vale el conocimiento mensurable y la lógica) simplemente no puede probarse. En efecto, la tesis de que solamente el conocimiento empírico y lógico o matemático es verdadero o tiene sentido no es una tesis lógica o matemática ni versa sobre una realidad empírica.

El "iusnaturalismo contemporáneo" se inscribe en esa tradición de confianza en el *logos* humano como capaz de conocer la *physis* —la naturaleza en general— y de darle un sentido.

2.º La cuestión antropológica o *sobre la dignidad del hombre y sus límites*. ¿Cuál es el lugar del hombre en el conjunto de la naturaleza considerada como totalidad del cosmos? Una respuesta erige al hombre en la medida de todas las cosas (Protágoras). No tiene sentido someter la mente a una supuesta realidad natural que la preceda o que le señale sus límites teóricos o prácticos. En esta línea se inscriben las posiciones prometeicas contemporáneas, como los existencialismos que niegan toda naturaleza fija (Sartre). Ellas parecen exaltar la dignidad del hombre por encima de toda naturaleza. Implican así un poder supremo de disposición y una autonomía radical respecto de unas supuestas normas no creadas por el arbitrio humano. En un extremo aparentemente contrario se sitúan los materialismos, como el marxismo o el evolucionismo ideológico, *i.e.* el que de la posible evolución de las especies salta indebidamente a afirmar el origen exclusivo del

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

hombre en la evolución aleatoria de la organización de la materia. Estas corrientes igualan al ser humano con toda la naturaleza y niegan una jerarquía esencial entre los seres materiales. Así parece que la dignidad del hombre se rebaja en comparación con la de las bestias, y que su naturaleza específica no implica una mayor dignidad ni, por ende, una exigencia de trato diferenciado. Sin embargo, la igualación materialista entre el hombre y los demás animales puede hacerse compatible con la idea de emancipación de toda naturaleza, puesto que se ha negado también la diferenciación esencial entre las naturalezas. De ahí que el materialismo puede abocar tanto a la degradación de algunos seres humanos —los más débiles— de acuerdo con los criterios autónomos de otros seres humanos —los más fuertes— como a la exaltación de la dignidad de algunos animales no humanos ("derechos de los animales"). Y es que los extremos se tocan, porque niegan la sumisión de la voluntad racional a una naturaleza jerárquicamente estructurada. Una posición equilibrada, en cambio, como la de Platón y Aristóteles y la tradición judeocristiana, reconoce precisamente en la naturaleza específica del hombre —unidad indisociable de espíritu y materia— al mismo tiempo su *superioridad* respecto de las naturalezas subracionales, su especial dignidad como cumbre del cosmos material, y sus *límites* como parte de una realidad que lo excede y que lo trasciende.

El "iusnaturalismo contemporáneo" halla ese fundamento ontológico de la dignidad del hombre en su naturaleza. La noción de persona fue elaborada precisamente para significar esa especial dignidad de un ser según su naturaleza, según la clásica definición de Boecio: persona es la *sustancia individual de naturaleza racional*, un individuo que es parte de toda la naturaleza, y, a la vez, lo más perfecto que hay en ella, que la trasciende mediante su espíritu.

3.º La cuestión sobre *los criterios de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto*: ¿son independientes de la voluntad humana y vinculantes para ella o más bien establecidos por alguna voluntad humana mediante un mandato o una convención? Los sofistas (Calicles, Trasímaco) inventaron la idea de lo justo por naturaleza como opuesto a lo justo por convención y como fundamento de una crítica de las leyes. A diferencia de lo que suele decir una caricatura superficial, la tradición iusnaturalista no ha ignorado *nunca* las diferencias de culturas, costumbres y convicciones morales entre las ciudades, sino que más bien ha surgido y resurgido *siempre* en los momentos de más viva conciencia de esa diversidad: cuando esos pueblos diferentes se han encontrado, cuando han luchado violentamente, cuando sus miembros

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

han viajado y se han relacionado, cuando se han cometido actos percibidos como *crímenes* a pesar de su conformidad con las leyes de la ciudad. Precisamente ante tal diversidad de opiniones y de prácticas morales y políticas surge la cuestión de si lo justo es simplemente lo que establecen esas prácticas —de manera especial las leyes y costumbres— o si hay más bien algo justo que —al menos parcialmente— depende de criterios no convencionales, que pueden servir para criticar lo establecido en la propia cultura o en otras. Algunos sofistas descubren el derecho natural —lo justo por naturaleza—precisamente como punto de referencia para criticar las leyes establecidas, que obligan, injustamente según ellos, a que los más fuertes se sometan a los más débiles. Fundan lo justo por naturaleza no en la recta razón, sino en la naturaleza en sentido empírico y en la fuerza física; precisamente por eso, las leyes impregnadas de racionalidad y de moralidad, que someten la fuerza bruta al orden racional, son objeto de su crítica. Sócrates, Platón y Aristóteles, a pesar de su enfrentamiento radical con la sofística, no rechazan la idea misma de lo justo por naturaleza. Por el contrario, con clarividencia admirable la rescatan de esa reducción fisiológica y violenta —amoral— y elaboran la tesis de que lo justo es en parte *legal* —determinado por la convención en todas aquellas cosas indiferentes según la naturaleza— y en parte *natural* según lo propio de la naturaleza humana, *i.e.* su *logos*, su razón dialógica y discursiva, que alcanza algunas exigencias de la justicia y de lo bueno en general como algo independiente de la voluntad de los hombres.[2]

A la idea de lo justo como fuerza, propia del empirismo sofístico, y a la idea de lo justo natural racional, propia del iusnaturalismo clásico, se oponen el escepticismo y el relativismo —también defendidos por algunos sofistas—, que en nuestra época se presentan como nihilismo radical (Nietzsche) o pragmatismo culturalista (Rorty) o simple relativismo de los valores (Weber, Kelsen) o ironía posmoderna (Vattimo). En cambio, todas las posiciones filosóficas que procuran establecer criterios éticos y políticos racionales, incluyendo algunas exigencias de justicia política que no son materia de *convención* sino más bien de *convicción* racional, se sitúan en el amplio derrotero abierto por el iusnaturalismo clásico. Esto es así incluso cuando algunos autores y corrientes de pensamiento reemplazan la idea de naturaleza —que en la modernidad ha devenido problemática e incomprendida— por instrumentos conceptuales *funcionalmente equivalentes* como puntos de partida de la crítica del orden establecido: derechos humanos, valores universales, crímenes contra la humanidad, consenso ideal libre de

[2] *Cfr.* especialmente Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 7.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

dominio (Habermas), razón pública (Rawls), principios de justicia política, moralidad *crítica* (en cuanto distinta de la moral *social*, convencional) y otros semejantes. La denominación "iusnaturalismo contemporáneo", sin embargo, ha de aplicarse más propiamente a los autores que, además de defender la idea básica de una ética racional independiente de las convenciones, siguen acudiendo a las nociones de naturaleza y de razón (*physis* y *logos*) para pensar los fundamentos de esos criterios no convencionales de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto.

4.º El problema filosófico-teológico del *fundamento trascendente del orden natural*, tanto respecto del orden inteligible en la naturaleza física como del orden racional del obrar libre de los hombres: ¿existe un Dios ordenador del universo y legislador supremo de los hombres, que se ocupa de los asuntos humanos y ordena hacer el bien y evitar el mal, o, por el contrario, el orden moral —incluso si es una ley natural objetiva— es independiente de la voluntad divina? La interpretación de las leyes de la naturaleza física —del cosmos— y de la ley moral natural como leyes de los dioses, sea que se cumplan necesariamente (en el caso del universo material) o que deban cumplirse libremente bajo pena de un castigo trascendente (en el caso de los preceptos morales), está en el núcleo de las versiones más profundas de la teoría de la ley natural. Antígona resiste un mandato inicuo por obedecer a los dioses; Platón, Aristóteles, Cicerón, Séneca, los estoicos en general, también van más allá de la naturaleza para afirmar su fundamento teológico: los dioses o, sin más, el Dios único. Con mayor razón, las síntesis iusnaturalistas cristianas —la mejor conocida es la de Tomás de Aquino— interpretan la ley natural como ley de Dios inscrita en los corazones, es decir, conocida naturalmente en sus principios primeros. Existen, sin embargo, corrientes de pensamiento ético y jurídico que se sirven de la idea de ley natural o de justicia natural ya para aludir a una ética objetiva, ya para fundamentar exigencias jurídicas fundamentales, sin admitir la necesidad de buscar un fundamento trascendente en Dios. El "iusnaturalism contemporáneo" se halla igualmente dividido sobre esta cuestión.

5.º El problema del *fundamento moral y de las explicaciones suficientes de las leyes humanas*, *i.e.* si para afirmar la obligatoriedad moral de las leyes humanas es necesario ir más allá de ellas y vincular tal obligación en conciencia esencialmente con su justicia y su ordenación al bien común, y si para comprender el sistema jurídico positivo es o no imprescindible pasar de las descripciones de normas a las valoraciones éticas y políticas, y, finalmente, si en el funcionamiento mismo del sistema jurídico positivo —en el proceso de judicación y aplicación del derecho— intervienen o no de

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

hecho las exigencias de la justicia, y si acaso deben o no intervenir por razones morales. Tal es la cuestión de la ley natural no como simple orientación moral, sino como ley propiamente jurídica y parte esencial del derecho vigente en la comunidad política. El iusnaturalismo clásico siempre explicó las leyes humanas en el marco de una explicación ética y política más amplia o incluso en un marco aún más omniabarcante: metafísico y teológico. La pretensión de explicar el derecho positivo de manera suficiente, sin recurrir a principios tomados de esos marcos más amplios, caracteriza a la concepción positivista de la ciencia jurídica. Entonces tiene sentido —o tuvo sentido, especialmente en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX— contraponer el positivismo jurídico al iusnaturalismo. En la actualidad son muy pocos los juristas y filósofos, si acaso hay alguno, que pretenden que el derecho pueda describirse y explicarse asépticamente (al estilo de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen). Incluso los que se consideran "POSITIVISTAS JURÍDICOS" admiten como moralmente legítima y obligada la obediencia a las exigencias de justicia en el proceso de judicación, de tal manera que las leyes que son injustas o demasiado injustas no deberían —según estos "iuspositivistas"— ser obedecidas o aplicadas (Hart, Raz). Los "positivistas jurídicos" contemporáneos, igual que muchos "iusnaturalistas" contemporáneos, estiman que es posible una descripción no valorativa de normas jurídicas hasta cierto punto; por ejemplo, con el fin de determinar claramente su contenido antes de proceder a su crítica. Tanto esos iuspositivistas como los iusnaturalistas clásicos y contemporáneos afirman la existencia de leyes humanas que son injustas, pero que cumplen con los requisitos formales, empíricos o fenoménicos (*e.g.*, su promulgación oficial) que nos permiten llamarlas leyes en ese sentido; pero los iusnaturalistas clásicos y contemporáneos —así como muchos críticos del positivismo que prefieren no usar la denominación "derecho natural"— las consideran deficientes en cuanto leyes, debido a su menor racionalidad intrínseca, su falta de autoridad moral de obligar y su inclinación a suscitar la desobediencia de los ciudadanos honrados, todo lo cual equivale a una menor capacidad de dirigir la acción individual y colectiva.

6.º Finalmente, una multitud de *cuestiones especiales de justicia y de ética personal y social* han recibido respuestas tradicionales que procuran hallar su inspiración en nociones propias de las diversas teorías de la ley natural, tales como las de bienes humanos básicos, inclinaciones naturales, etc. No puede decirse que una única respuesta para cada cuestión debatida sea necesaria para calificar a una teoría como iusnaturalista; pero sí cabe sostener que las teorías iusnaturalistas, clásicas y contemporáneas, coinciden en

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

afirmar expresamente algunos principios básicos —los que Tomás de Aquino considera principios primeros conocidos por sí mismos— y que las raíces de esas teorías en la mejor reflexión racional de griegos y romanos y en el aporte posterior cristiano nutren una coincidencia fundamental también en los preceptos secundarios y aun en algunos de los de tercer grado (*i.e.* accesibles solamente a sabios y prudentes).

Así que el *caso central* del iusnaturalismo clásico y contemporáneo incluye tanto la respuesta adecuada a los problemas generales precedentemente enumerados como la defensa de los contenidos verdaderos de la ley moral natural acerca de la vida humana, su dignidad y tutela (*v.gr.*, la defensa de la vida de los más débiles, especialmente de los no nacidos y los enfermos inconscientes); sobre el matrimonio y la familia (*v.gr.*, la afirmación del carácter perpetuo o al menos muy difícil de disolver del vínculo conyugal, y de la ilicitud de adulterio); sobre el carácter natural de la vida social y de sus exigencias, como la primacía del bien común, la veracidad y la prohibición de la mentira, alguna forma de propiedad privada; sobre la religión y la necesidad de tributar a Dios el culto debido.[3] En cambio, no es iusnaturalista en ningún sentido —so pena de total equivocidad— quien defiende un relativismo o escepticismo generales, ni quien afirma la emancipación total del ser humano respecto de su naturaleza o la autonomía de su voluntad respecto de restricciones morales previas. Finalmente, cabe hablar de *casos periféricos o secundarios* de iusnaturalismo (iusnaturalismos *secundum quid*), según se aparten más o menos de la posición iusnaturalista en alguno de los puntos mencionados, manteniendo la afirmación de la objetividad ética y de la subordinación de la voluntad humana a ese criterio moral. Así, por ejemplo, constituyen casos periféricos de iusnaturalismo los de quienes hablan de un *contenido mínimo de derecho natural* (Hart) o de un *derecho natural procesal* (Fuller); o los que, admitiendo una ética objetiva y aun la denominación "ley natural", desconocen sus exigencias clásicas: niegan la relevancia de la distinción de sexos para constituir el matrimonio (*e.g.*, Jean Porter), o admiten la licitud de matar a inocentes, o afirman que no hay ninguna prohibición moral absoluta.

En lo que sigue repasamos los nombres de los iusnaturalistas contemporáneos más conocidos que cabe considerar representantes del *caso central* de iusnaturalismo. Entre ellos existen numerosas diferencias de sistema filosófico general, de lenguaje, de contexto de debate y de opiniones particulares sobre cuestiones controvertidas.

[3] *Cfr.* Tomás de Aquino, *Suma Teológica* I-II, q. 94, a. 2.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

III. Los principales autores iusnaturalistas contemporáneos

Antes de mencionar a los principales autores iusnaturalistas contemporáneos, se consideran unos pocos autores de fines del siglo XIX y hasta el segundo tercio del siglo XX cuyo influjo llega hasta nuestros días. Después se presentan los autores actuales, los que han publicado desde los años '70 del siglo XX hasta nuestros días, agrupándolos según zonas geográficas y afinidades filosóficas. Vale la pena advertir que el iusnaturalismo contemporáneo es de tal riqueza y extensión, y son tantos los juristas y filósofos que, superadas las tentaciones iuspositivistas, han abrazado expresamente la teoría de la ley natural, que ha sido menester seleccionar desconsiderada y quizás brutalmente. Por eso, como se ha ya advertido en la sección precedente, consideramos solamente a quienes representan un iusnaturalismo en su *caso central* o algo muy cercano. Además, en el caso de los autores que no escriben en castellano, se adopta como señal de su influjo internacional el que hayan sido traducidos al castellano, teniendo en cuenta no solamente los destinatarios de este escrito, sino, además, que el mundo de habla española es el que más continuidad muestra en el cultivo de la tradición iusnaturalista. Por eso, si un autor angloparlante, francófono, italiano, germano, etc., ha sido hallado digno de traducirse al castellano, cabe conjeturar que ha adquirido algún reconocimiento especial al interior de esta tradición.

1. *Los precedentes próximos del iusnaturalismo contemporáneo*

Alasdair MacIntyre ha sostenido que actualmente se enfrentan tres versiones rivales de la investigación moral: los restos de la Ilustración —ese ideal de razón y de libertad emancipadas de las tradiciones, de la autoridad y, en el extremo, de una concepción teleológica de la naturaleza—, la multitud de filosofías de la sospecha que tienen su arquetipo en la genealogía de la moral (Nietzsche) y la renovación del tomismo desde el impulso decisivo que le dio el Papa León XIII con su encíclica *Aeterni Patris* (1879).[4] Tomás de Aquino ocupa un *lugar estratégico* —según Finnis—[5] en el desarrollo de la tradición de la teoría de ley natural. De una parte, él propuso la más perfecta síntesis del iusnaturalismo clásico, con sus fuentes griegas en

[4] *Cfr.* MacIntyre, Alasdair, *Tres versiones rivales de la ética*. Rialp, Madrid, 1992.

[5] *Cfr.* Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales.* (Cristóbal Orrego, Trad.) Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Platón y Aristóteles, el estoicismo, los juristas romanos y el influjo de las fuentes reveladas en el cristianismo, y, de otra, constituye el comienzo del iusnaturalismo moderno, con la más clara distinción entre lo temporal y lo espiritual, y entre lo natural y lo sobrenatural. El contexto de su redescubrimiento, sin embargo, es el de la polémica con los desarrollos contradictorios de las filosofías modernas: desde el idealismo hasta el existencialismo, desde el socialismo hasta el liberalismo en todos los terrenos. Por eso, los iusnaturalismos del siglo XX y XXI —incluso cuando no son propiamente *tomistas*— adoptan como uno de sus puntos de referencia la doctrina de santo Tomás, aunque expresada de maneras novedosas y adaptadas al contexto del debate cultural respectivo.

A partir de este momento, el catálogo de autores se torna inevitablemente injusto

En primer lugar, los siguientes autores revisten especial relevancia durante los primeros dos tercios del siglo XX, en diversas áreas culturales: Viktor Cathrein (1845-1931),[6] Jacques Leclercq (1891-1971),[7] Giuseppe Graneris (1888-1981)[8], Heinrich Rommen (1897-1967),[9]Alessandro Passerin D'Entreves (1902-1985),[10] Miguel Sancho Izquierdo (1890-1988)[11] y Luis Legaz y Lacambra (1906-1980).[12]

En segundo lugar, Jacques Maritain (1882-1973)[13] y Johannes Messner (1891–1984)[14] se destacan por enfrentar los problemas contemporáneos a

[6] Cfr. Cathrein, Viktor, *Filosofía del derecho: el derecho natural y el positivo*. (Alberto Jardon y César Barja, Traductores). Reús, Madrid, 1958.

[7] Cfr. Leclercq, Jacques, *Del derecho natural a la sociología.* (José-Angel de Juanes, Trad.) Ediciones Morata, Madrid, 1961.

[8] Cfr. Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho.* (Celina Lértora, Trad.) EUDEBA, Buenos Aires, 1973, y *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*. (Jaime Williams, Trad.) Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

[9] Cfr. Rommen, Heinrich, *Derecho natural: historia-doctrina.* (Héctor González Uribe, Trad.) Editorial Jus, México D.F., 1950.

[10] Passerin d'Entrèves, Alessandro, *Derecho Natural*. Aguilar, Madrid, 1972.

[11] Cfr. Sancho Izquierdo, Miguel, *Compendio de derecho natural.* Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1980; *Lecciones de derecho natural como una introducción al estudio del derecho*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1966; Tratado elemental de filosofía del derecho y principios de derecho natural. Librería General, Zaragoza, 1944

[12] Cfr. Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho.* Bosch, Barcelona, 1972; Estudios de doctrina jurídica y social. Bosch, Barcelona, 1940.

[13] Cfr. Maritain, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural: cristianismo y democracia.* (Antonio Esquivias, Trad.) Palabra, Madrid, 2001, y Maritain, Jacques, *El hombre y el estado* (Manuel Gurrea, Trad.) Club de lectores, Buenos Aires, 1984.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

la luz de la doctrina sobre la ley natural. Maritain, sobre todo, hizo un loable intento de compatibilizar la doctrina tomista de la ley natural con la democracia moderna y los derechos humanos, aunque quizás concedió demasiado a algunos aspectos de la ideología democrática de raíz rousso-niana y a la concepción liberal de los derechos humanos y del bien común.[15] Messner, por su parte, reflexiona sobre los fines existenciales del hombre como piedra angular de las exigencias de la ley natural. Su monumental obra *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural* —sintetizada en *Ética general y aplicada*— explica con rigor los fundamentos del orden moral, en su dimensión individual y social, y luego aborda prácticamente todos los problemas debatidos a mediados del siglo XX: la democracia y los totalitarismos, la guerra, la función social de la familia, la cuestión obrera, la ética económica, las alternativas ideológicas modernas (totalitarismos, socialismos, feminismo y otras), etc.

C. S. Lewis (1898-1963), aunque no escribe como jurista —ni siquiera como teólogo o filósofo profesional—, merece ser mencionado como uno de los defensores más lúcidos del iusnaturalismo contemporáneo. Si es verdad que la calidad prima por sobre la cantidad, su librito *La abolición del hombre* y el capítulo I de su *Mero cristianismo* constituyen sin duda una joya por la manera profunda y esencial de plantear la noción, la existencia, la necesidad y la unidad fundamental de la ley moral común a la naturaleza humana: poco importa que se llame *ley natural* o *Tao*.[16]

Finalmente, Leo Strauss (1899-1973)[17] y Eric Voegelin (1901-1985)[18] son los dos autores no tomistas que mejor contribuyen a situar la reflexión sobre la ley natural en el contexto de la filosofía política clásica y contemporánea. Aunque los dos se alejan en un punto básico de la tradición central, al admitir excepciones a las prohibiciones absolutas de la ley natural, tienen el mérito de defender el valor perenne de la tradición clásica contra las incomprensiones de las ideologías modernas.

---

[14] Cfr. Messner, Johannes., *Etica social, política y económica a la luz del derecho natural.* (J.L. Barrios, Trad.) Rialp, Madrid, 1967; *La cuestión social.* (Manuel Heredero Higueras) Rialp, Madrid, 1960; *Sociología moderna y derecho natural* (A. Ros, Trad.) Herder, Barcelona, 1964.

[15] Cfr. Ibáñez, Gonzalo, *Persona y derecho en el pensamiento de Berdiaeff, Mounier y Maritain*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1984.

[16] Cfr. Lewis, Clive Staples, *La abolición del hombre: reflexiones sobre la educación.* (Paula Salazar, Trad.) Editorial Andrés Bello, Santiago, 2000; *Mero cristianismo*. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1994.

[17] Cfr. Strauss, Leo, *Derecho natural e historia.* Círculo de Lectores, Barcelona, 2000.

[18] Cfr. Voegelin, Eric, *La nueva ciencia de la política: una introducción.* (Joaquín Ibarburu, Trad.) Katz, Buenos Aires, 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

2. *Principales autores del iusnaturalismo contemporáneo*

Prácticamente todos los iusnaturalistas contemporáneos —esto es, los que publican desde los años '70 del siglo pasado y en su mayoría todavía viven— coinciden en (i) denunciar la obsolescencia de la distinción iuspositivismo/iusnaturalismo, fundamentalmente debido al agotamiento del positivismo jurídico de raigambre decimonónica y del iusnaturalismo racionalista dieciochesco, y a la recuperación de casi todas las tesis del iusnaturalismo de matriz aristotélica; (ii) defender la tradición iusnaturalista de las críticas basadas en algunas imágenes y objeciones que suelen ser caricaturas sin siquiera base documental; (iii) plantear una forma de comprender la tradición y de abordar los problemas éticos, políticos y jurídicos fundamentales, y (iv) renovar los argumentos y el lenguaje de acuerdo con el contexto polémico en el que se sitúan. Se destacan a continuación algunos de estos autores, sin ánimo de exhaustividad, como ya he dicho.

1. En Francia descuellan Michel Villey (1914-1988) [19] y Georges Kalinowky[20] (1916-2000). Villey, eximio romanista, rescata la comprensión clásica del derecho como arte y de su objeto como la misma cosa justa o la relación justa. Distingue, hasta el punto de casi separarlos, el *ius* como objeto de la justicia y del arte del derecho con respecto a la *lex* o regla que tiene por fin dirigir las conductas. Por eso le parece que el derecho no *prescribe* conductas, sino que *indica* objetos que se han de dar porque son lo debido a otro en una concreta relación jurídica. Por otra parte, la noción de derecho subjetivo —la facultad del sujeto de hacer o exigir algo— es criticada como un invento tardomedieval (aunque Villey admite gérmenes de esta noción en el derecho romano), que pronto se aleja irremediablemente de la concepción objetiva de lo justo debido al individualismo moderno (*v.gr.*, en Hobbes). El derecho natural no es la ley natural. Él no niega la existencia de ésta, sino que afirma que pertenece al orden ético y político y no al campo jurídico. En este ámbito, el derecho natural es lo justo por naturaleza tal como lo entiende Aristóteles: como un

[19] *Cfr.* Villey, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979; *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976; y *El pensamiento jus-filosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*. Ghersi, Buenos Aires, 1981.

[20] *Cfr.* Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica: elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica.* (Juan A. Casaubón, Trad.) EUDEBA, Buenos Aires, 1973, y *El problema de la verdad en la moral y el derecho.* EUDEBA, Buenos Aires, 1979.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

aspecto de la relación justa, que contiene elementos naturales y convencionales. Kalinowsky, en cambio, desarrolla la lógica de las normas o *deóntica* —él es uno de sus pioneros—, y afirma la continuidad más que la separación entre el campo de la moral y del derecho. Por eso, polemiza con Villey acerca del objeto en que el derecho consiste —una acción debida y no una cosa— y sobre el uso normal y legítimo del modo imperativo en el arte del derecho. A pesar de la polémica Villey-Kalinowsky, su lectura conjunta ilumina el modo de entender el derecho natural en la actualidad.

2. En Italia, el gran maestro del iusnaturalismo durante el siglo XX y comienzos del XXI ha sido Sergio Cotta (1920-2007).[21] Cotta propone una comprensión ontofenomenológica del derecho como dimensión de la existencia humana en el mundo, que es por naturaleza relacional, guiada por reglas que estabilizan la acción en el tiempo, y abierta a la trascendencia ontológica. Posteriormente son dignos de mención Vitorio Possenti (1938—),[22] Francesco D'Agostino (1945—)[23] y Francesco Viola (1942—).[24] D'Agostino tiene como atractivo principal su manera de hacer presentes las tesis clásicas aprovechando lo que hay de más rescatable en la filosofía europea continental moderna y contemporánea de autores como Kant, Heidegger, Gadamer, etc. Viola, por su parte, promueve un proyecto de síntesis entre la teoría analítica del derecho y la filosofía hermenéutica, rectificándolas para hacerlas compatibles con los presupuestos ontológicos y objetivistas de la tradición de la ley natural.

3. En el mundo castellano menciono a algunos de los que han trascendido sus propias fronteras nacionales. En primer lugar, Javier Hervada (1934—)[25] ha sido quizás el más riguroso renovador contemporáneo de la ciencia del derecho natural en España. Uno de sus méritos principales consiste en armonizar lo que ha denominado "realismo jurídico clásico" —la interpretación de Michel Villey sobre el *ius* como *cosa justa*— con la consideración jurídica de las leyes como reglas del derecho, que es a la vez un

[21] *Cfr.* Cotta, Sergio, *¿Qué es el derecho?* (José Joaquín Blasco, Trad.) Rialp, Madrid, 2000.

[22] *Cfr.* Possenti, Vittorio, *Filosofía y revelación: una contribución al debate sobre razón y fe.* (Tomás Melendo, Trad.) Rialp, Madrid, 2002, y "La idea de la ley natural" en Carlos Ignacio Massini-Correas, *El Iusnaturalismo actual*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 78-95.

[23] *Cfr.* D'Agostino, Francesco, *Filosofía del derecho.* Temis-Universidad La Sabana, Bogotá, 2007, y *Bioética: estudios de filosofía del derecho*. Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003.

[24] *Cfr.* Viola, Francesco, *De la naturaleza a los derechos: los lugares de la ética contemporánea*. (Vicente Bellver, Trad.) Comares, Granada, 1998.

[25] *Cfr.* Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*. EUNSA, Pamplona, 1981; *Historia de la ciencia del derecho natural.* EUNSA, Pamplona, 1987, y *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. EUNSA, Pamplona, 1992.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

único orden normativo en parte natural y en parte positivo. Por su parte, Álvaro D'Ors (1915-2004)[26] —quizás el más grande romanista de lengua española en el siglo XX— ha propuesto su teoría del derecho natural como *sentido común* de los juristas, que presupone —como todo derecho, que es *aquello que dicen los jueces*— la existencia de un Juez superior y anterior a los jueces humanos, cuyo juicio escatológico será definitivo. Jesús Ballesteros (1943—)[27] también ha elaborado una filosofía jurídica propia, en la que incorpora los aportes de la fenomenología y la hermenéutica contemporáneas y realza que el derecho es fidelidad al ser. Además, diagnostica las orientaciones nihilistas posmodernas como decadencia del ideal ilustrado. Enseguida, Andrés Ollero (1944—)[28] ha cultivado un *iusnaturalismo irónico y polémico*, que desarma como desde dentro las aporías del positivismo jurídico legalista y del laicismo militante o fanático. Ollero muestra las insuficiencias del positivismo conceptual, especialmente a la luz de la hermenéutica germana. Por su parte, Juan Vallet de Goytisolo (1917-2011)[29] y Miguel Ayuso (1961—)[30] han defendido la doctrina del derecho natural en estrecha unidad con la filosofía política tradicionalista católica. Francisco Carpintero (1948—)[31] ha sido conocido más allá de sus fronteras sobre todo por su erudición histórica sobre la doctrina del derecho natural. El también español Pedro Serna (1964—)[32] ha influido en América tanto mediante sus obras como por medio de una extensa línea de investigación sobre los principales pensadores jurídicos contemporáneos (*v.gr.*, Hart, Bobbio, Perelman, Raz, Pound, Olivecrona, etc.) analizados a la luz de la visión clásica del derecho natural.

[26] *Cfr.* D'Ors, Álvaro, *Derecho y sentido común: siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*. Civitas, Madrid, 1995; *Una introducción al estudio del derecho.* Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2003, y *Bien común y enemigo público*. Marcial Pons, Madrid, 2002.

[27] *Cfr.* Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica.* Tecnos, Madrid, 2002, y *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Tecnos, Madrid, 2000.

[28] *Cfr.* Ollero, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, y *¿Tiene razón el derecho?: entre método científico y voluntad política*. Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

[29] *Cfr.* Vallet de Goytisolo, Juan, *¿Que es el derecho natural?* Speiro, Madrid, 1997.

[30] *Cfr.* Ayuso, Miguel. *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*. Marcial Pons, Madrid, 2001.

[31] *Cfr.* Carpintero, Francisco, *Una introducción a la ciencia jurídica.* Civitas, Madrid, 1988, e Historia del derecho natural. UNAM, México D.F., 1999.

[32] *Cfr.* Serna, Pedro, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos.* EUNSA, Pamplona, 1990, y *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos: de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. Porrúa, México D.F., 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

En América han trascendido los argentinos Carlos Ignacio Massini Correas (1944—)[33] y Rodolfo Vigo (1946—),[34] quienes han llevado el enfoque del realismo jurídico clásico tanto a la consideración crítica del pensamiento jurídico contemporáneo como a las aplicaciones prácticas en la deontología judicial. Un gran maestro de ambos, insigne jurista filósofo —aunque menos conocido fuera de su patria—, fue Juan Alfredo Casaubón (1919-2010).[35] En fin, el panorama argentino es amplísimo —quizás es el país hispanoamericano donde más y mejor se cultiva la tradición iusnaturalista clásica— y cabría añadir los nombres de Tomás D. Casares, Guido Soaje Ramos, Bernardino Montejano (h.) y Félix Adolfo Lamas.[36]

En México, dos destacados son Jorge Adame (1948—)[37] y Mauricio Beuchot (1950—).[38] El chileno José Joaquín Ugarte (1945—) ha propuesto una sólida síntesis del pensamiento tomista escolástico, y lo ha confrontado con las formas más básicas del positivismo jurídico y del liberalismo político.[39] Otro chileno en el campo iusnaturalista —con un estilo alejado de la escolástica— es Joaquín García-Huidobro (1959—), quien ha cultivado la tradición griega, con especial atención a la Antígona de Sófocles y a las obras de Platón y Aristóteles, junto con la síntesis tomista y algunas versiones contemporáneas (Grisez, Finnis, Spaemann), siempre en un diálogo respetuoso y crítico —no exento de buena retórica para presentar las tesis clásicas— con las posturas legalistas, escépticas y liberales.[40]

[33] *Cfr.* Massini, Carlos Ignacio, *La ley natural y su interpretación contemporánea.* EUNSA, Pamplona, 2006.

[34] *Cfr.* Vigo, Rodolfo, *El iusnaturalismo actual: de M. Villey a J. Finnis*. Distribuciones Fontamara, México D.F., 2003, y *De la ley al derecho*. Porrúa, México D.F., 2005.

[35] *Cfr.* Casaubón, Juan Alfredo, *El conocimiento jurídico.* Educa, Buenos Aires, 1984.

[36] *Cfr.* Hernández, Héctor H. "Los cultures argentinos del derecho natural", en Ayuso, Miguel (ed.). *El derecho natural hispánico: pasado y presente.* Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur, Córdoba, 2001, pp. 657-676, especialmente pp. 666 y ss.

[37] *Cfr.* Adame, Jorge, *El pensamiento político y social de los católicos mexicanos 1867-1914*. Instituto mexicano de Doctrina Social Cristiana, México D.F., 1991.

[38] *Cfr.* Beuchot, Mauricio, *Derechos humanos, iuspositivismo y iusnaturalismo.* UNAM, México D.F., 1995, *Los principios de la filosofía social de Santo Tomás*, IMDOSOC, México D.F., 1989, y *Metafísica y persona: perspectivas del pensamiento de Santo Tomás de Aquino*. Universidad Autónoma de Querétaro, Querétaro, 1991.

[39] *Cfr.* Ugarte, José Joaquín, *Curso de filosofía del derecho*. Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2010.

[40] *Cfr.* García-Huidobro, Joaquín, *El anillo de Giges: una introducción a la tradición central de la ética*. Editorial Andrés Bello, Santiago, 2005; *Filosofía y retórica del iusnaturalismo.* UNAM, México D.F., 2002, y *Razón práctica y derecho natural: el iusnaturalismo de Tomás de Aquino*. EDEVAL, Valparaíso, 1993

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

4. Joseph Pieper (1904-1997)[41] ha sido un lúcido renovador del tomismo en el ámbito de lengua germana, y, en ese contexto, también un defensor contemporáneo de la doctrina clásica de la ley natural. Sus ensayos sobre la justicia y la prudencia defienden la visión clásica de lo justo como *lo suyo*, un objeto ontológicamente previo a la justicia, y de la prudencia o sabiduría práctica como *objetividad* en la orientación del obrar moral. También vale la pena destacar su defensa del Estado justo como sometido a límites éticos objetivos, cuestión que vuelve a ponerse en duda —incluso en su patria— tan pronto las nuevas generaciones olvidan la inhumanidad extrema del totalitarismo que se impuso entre 1933 y 1944.

Por su parte, el filósofo Robert Spaemann (1927—)[42] elabora una síntesis original entre el pensamiento platónico y aristotélico —siempre a la luz de Tomás de Aquino— y aquellas tesis de Kant y otros autores modernos y contemporáneos que ayudan a afirmar la inviolable dignidad de la persona humana. Spaemann es quizás quien ha explicado con mayor profundidad la forma en que, en el hombre, lo *natural* comienza por las inclinaciones prerracionales y se configura normativamente sólo mediante la elaboración racional posterior (*i.e.*, la idea de lo natural como lo racional: *physis* y *logos*). Al mismo tiempo, propone críticas internas de las principales alternativas a la idea del derecho natural: el relativismo radical, el nihilismo posmoderno, los enfoques consensuales de la verdad —como muestra su debate con Habermas, recogido en su *Crítica de las utopías políticas*—, la teoría de sistemas (Luhman) y el consecuencialismo como versión actual del utilitarismo.

Desde una cercanía mayor a Tomás de Aquino, el suizo Martin Rhonheimer (1950—) también ha propuesto una nueva forma de comprender la relación entre lo natural y las prescripciones racionales, de acuerdo con la cual el acto humano solamente puede ser captado en su especificidad moral (*in genere moris*) desde la perspectiva de la persona que actúa —su razón práctica y su intención en la acción determinan la

[41] *Cfr.* Pieper, Josef, *Las virtudes fundamentales.* (Manuel Garrido y otros, Trad.es) Rialp, Madrid, 1990.

[42] *Cfr.* Spaemann, Robert, *Lo natural y lo racional: ensayos de antropología*. Rialp, Madrid, 1989 (reeditado por IES, Santiago, 2012); *Crítica de las utopías políticas*. EUNSA, Pamplona 1980; *Ética: cuestiones fundamentales*. Eunsa, Pamplona, 1993; *Felicidad y benevolencia*. Ediciones Rialp, Madrid, 1991; *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*. Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003; *Personas. Acerca de la distinción entre "algo" y "alguien"*. Eunsa, Pamplona, 2000.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

identidad moral del acto— y de las virtudes que intenta realizar mediante la acción.[43]

5. La mayor cantidad de autores destacados y la mayor intensidad del debate contemporáneo sobre la teoría de la ley natural se halla en el mundo angloparlante.

Ralph MacInerny (1920-2010)[44] es uno entre muchos descollantes expositores del tomismo en sus términos más tradicionales (*i.e.*, con el lenguaje escolástico usado por santo Tomás y sus comentadores). En una línea cercana, crítica de la teoría neoclásica de la ley natural (Grisez, Finnis, Boyle) y más cercana a las fórmulas tomistas, se destaca también Russel Hittinger (1949—).[45]

Un caso más espectacular es el de Alasdair MacIntyre (1929—),[46] quien arribó al suelo iusnaturalista tras años de defender posiciones marxistas con una metodología fundamentalmente analítica. En *Tras la virtud* (1981), *Justicia y racionalidad* y, especialmente, *Tres versiones rivales de la ética*, reclama la renovación de la ética de las virtudes de matriz aristotélica y tomista como la alternativa tanto al ideal ilustrado de una racionalidad desligada de las tradiciones como a la genealogía de la moral iniciada por Nietzsche. En este contexto propone la teoría tomista de la ley natural junto con una nueva actuación de lo que Tomás de Aquino hizo: asumir y purificar tradiciones rivales en una síntesis nueva y superior, que afronta de mejor manera los dilemas actuales de las tradiciones rivales y, además, llega a ser subversiva ante situaciones injustas corrientemente aceptadas por la sociedad liberal (*e.g.*, el aborto, la explotación económica de los más débiles, etc.). Una parte importante de la propuesta de MacIntyre está planteada no con lenguaje escolástico, sino con el lenguaje y los modos de razonar propios de corrientes posmodernas derivadas especialmente de Nietzsche y de Foucault. Su obra *Animales racionales dependientes*[47] es quizás la más

[43] *Cfr.* Rhonheimer, Martin, *Ley natural y razón práctica: una visión tomista de la autonomía moral.* (Yolanda Espiña, Trad.) Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2000, y *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*. Rialp, Madrid, 2000.

[44] *Cfr.* McInerny, Ralph, *Aquinas on human action. A theory of practice*. Catholic University of America Press, Washington D.C., 1992, y *Ethica Thomistica. The moral philosophy of Thomas Aquinas*. Catholic University of America Press, Washington D.C., 1982.

[45] *Cfr.* Hittinger, Russell, *A critique of the new natural law theory*. University of Notre Dame Press, Indiana, 1987, y *The first Grace: rediscovering the natural law in a post-Christian world*. ISI Books, Wilmington, 2003.

[46] *Cfr.* MacIntyre, Alasdair, *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos.* (Alejo Sison, Trad.) EIUNSA, Madrid. 1994; *Tras la virtud*. (Amelia Valcárcel, Trad.) Crítica, Barcelona, 2001, y *Tres versiones rivales de la ética: enciclopedia, genealogía y tradición*. Rialp, Madrid, 1992.

[47] *Cfr.* MacIntyre, Alasdair, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes.* (Beatriz Martínez de Murguía, Trad.). Paidós, Barcelona, 2001.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

vigorosa exploración contemporánea de la continuidad entre la ley natural como ley de la razón y las bases estrictamente *biológicas* de esa ley y de las virtudes morales que necesitamos para desarrollar nuestro *telos*.

La *escuela neoclásica de la ley natural* reconoce como fundador al teólogo estadounidense Germain Grisez (1929—),[48] quien demostró, en uno de los artículos académicos más influyentes del siglo XX,[49] que, contra lo que daba a entender cierta neoescolástica, la ley natural *no se deduce* de premisas descriptivas sobre la naturaleza humana, sino que está constituida por primeros principios normativos de suyo y evidentes por sí mismos, que ordenan hacia bienes humanos básicos a los cuales estamos naturalmente inclinados (*v.gr.*, vivir, unirse en matrimonio, conocer la verdad, etc.). Joseph Boyle (1942—) y John Finnis (1940—)[50] ayudaron a desarrollar ulteriormente la teoría. Boyle se ha destacado luego por su articulación de uno de los principios más importantes de razonamiento práctico en la tradición iusnaturalista, el principio del doble efecto, y por aplicar la teoría a cuestiones de bioética.[51] John Finnis, por su parte, ha elaborado una filosofía jurídica cuya parte ética general y su teoría de la acción se basan en la interpretación de Grisez. Finnis ha ofrecido, no obstante, sobre todo en *Ley natural y derechos naturales* y en *Aquinas*,[52] elucidaciones originales sobre la mayoría de los temas iusfilosóficos, no tratados por Grisez: la justicia y el derecho, el orden político y el bien común, una articulación diferente de los modos de fundamentar normas específicas en los bienes básicos, y, también, una discusión de las principales orientaciones rivales en la filosofía jurídica y política: el liberalismo político, el consecuencialismo, el reduccionismo del análisis económico del derecho, la ética del discurso

[48] *Cfr.* Grisez, Germain, *The way of the Lord Jesus.* Franciscan Press, Quincy, 1997, resumen en tres volúmenes de sus principales posiciones sobre cuestiones generales y aplicadas de teología moral.

[49] *Cfr.* Grisez, Germain. "El primer principio de la razón práctica. Un comentario al Art. 2 de la Q.94 de la I-II de la Suma Teológica de Sto. Tomás" en *Persona y Derecho*, núm. 52, 2005 ("The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2", en: *Natural Law Forum*, vol. 10, 1965, pp. 168-20l).

[50] *Cfr.* Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*. (Cristóbal Orrego, Trad.) Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, y *Absolutos Morales: tradición, revisión y verdad*. (Juan José García Norro, Trad.) Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1992.

[51] *Cfr.* Boyle, Joseph, "Medical Ethics and Double Effect. The Case of Terminal Sedation", en Theoretical Medicine and Bioethics, vol. 25, 2004, pp. 51-60; "Who is Entitled to Double Effect" en *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 16, 1991, pp. 475-494, y "Toward Unverstanding the Principle of Double Effect" en *Ethics*, vol. 90, 1980, pp. 527-538.

[52] *Cfr.* Finnis, John, *Aquinas. Moral, political, and legal theory.* Oxford, Oxford University Press, 1998.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

(Habermas), etc. Finalmente, en una orientación similar destaca el profesor de Princeton Robert P. George (1955—), quien ha participado en los principales debates contemporáneos —*v.gr.*, sobre el aborto y la eutanasia, el movimiento homosexual, la ética social y económica, etc.— desde la perspectiva de la teoría neoclásica de la ley natural y de acuerdo con los ideales fundacionales de la república estadounidense de América del Norte.[53]

IV. BIBLIOGRAFÍA

ADAME, Jorge, *El pensamiento político y social de los católicos mexicanos 1867-1914*. Instituto mexicano de Doctrina Social Cristiana, México D.F., 1991.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*.

AYUSO, Miguel. *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*. Marcial Pons, Madrid, 2001.

BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica.* Tecnos, Madrid, 2002

_____, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Tecnos, Madrid, 2000.

BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos, iuspositivismo y iusnaturalismo.* UNAM, México D.F., 1995.

_____, *Los principios de la filosofía social de Santo Tomás*, IMDOSOC, México D.F. 1989.

_____, *Metafísica y persona: perspectivas del pensamiento de Santo Tomás de Aquino*. Universidad Autónoma de Querétaro, Querétaro, 1991.

BOYLE, Joseph, "Medical Ethics and Double Effect. The Case of Terminal Sedation", en Theoretical Medicine and Bioethics, 2004, vol. 25, pp. 51-60.

_____, "Who is Entitled to Double Effect". en The Journal of Medicine and Philosophy, vol. 16, 1991.

_____, "Toward Unverstanding the Principle of Double Effect". en *Ethics*, vol. 90, 1980.

CARPINTERO, Francisco, *Una introducción a la ciencia jurídica.* Civitas, Madrid, 1988, e Historia del derecho natural. UNAM, México D.F., 1999.

[53] *Cfr.* George, Robert P., *Moral pública. Debates actuales*. Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago, 2009, y *Para hacer mejores a los hombres. Libertades civiles y moralidad pública*. (Carmen Ruiz, Trad.) Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2002.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CASAUBÓN, Juan Alfredo, *El conocimiento jurídico*. Educa, Buenos Aires, 1984.

CATHREIN, Viktor, *Filosofía del derecho: el derecho natural y el positivo*. (Alberto Jardon y César Barja, Trad.es). Reus, Madrid, 1958.

COTTA, Sergio, *¿Qué es el derecho?* (José Joaquín Blasco, Trad.) Rialp, Madrid, 2000.

D'AGOSTINO, Francesco, *Filosofía del derecho*. Temis-Universidad La Sabana, Bogotá, 2007.

_____, *Bioética: estudios de filosofía del derecho*. Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003.

D'ORS, Álvaro, *Derecho y sentido común: siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*. Civitas, Madrid, 1995.

_____, *Una introducción al estudio del derecho*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2003.

_____, *Bien común y enemigo público*. Marcial Pons, Madrid, 2002.

FINNIS, John, *Aquinas. Moral, political, and legal theory*. Oxford, Oxford University Press, 1998.

_____, *Ley natural y derechos naturales*. (Cristóbal Orrego, Trad.) Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000-

_____, *Absolutos Morales: tradición, revisión y verdad*. (Juan José García Norro, Trad.) Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1992.

GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *El anillo de Giges: una introducción a la tradición central de la ética*. Editorial Andrés Bello, Santiago, 2005.

_____, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. UNAM, México D.F., 2002.

_____, *Razón práctica y derecho natural: el iusnaturalismo de Tomás de Aquino*. EDEVAL, Valparaíso, 1993

GEORGE, Robert P., *Moral pública. Debates actuales*. Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago, 2009.

_____, *Para hacer mejores a los hombres. Libertades civiles y moralidad pública*. (Carmen Ruiz, Trad.a) Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2002.

GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. (Celina Lértora, Trad.a) EUDEBA, Buenos Aires, 1973.

_____, *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*. (Jaime Williams, Trad.) Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

GRISEZ, Germain, *The way of the Lord Jesus*. Franciscan Press, Quincy, 1997.

_____, "El primer principio de la razón práctica. Un comentario al Art. 2 de la Q.94 de la I-II de la Suma Teológica de Sto. Tomás" en *Persona y Derecho*, núm. 52, 2005 ("The First Principle of Practical Rea-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

son: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2", en: *Natural Law Forum*, vol. 10, 1965).

HERNÁNDEZ, Héctor H. "Los cultures argentinos del derecho natural", en Ayuso, Miguel (ed.). *El derecho natural hispánico: pasado y presente.* Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur, Córdoba, 2001.

HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural.* EUNSA, Pamplona, 1981.

_____, *Historia de la ciencia del derecho natural*. EUNSA, Pamplona, 1987.

_____, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. EUNSA, Pamplona, 1992.

HITTINGER, Russell, *A critique of the new natural law theory*. University of Notre Dame Press, Indiana, 1987.

_____, *The first Grace: rediscovering the natural law in a post-Christian world.* ISI Books, Wilmington, 2003.

IBÁÑEZ, Gonzalo, *Persona y derecho en el pensamiento de Berdiaeff, Mounier y Maritain.* Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1984.

KALINOWSKI, Georges, *Introducción a la lógica jurídica: elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica.* (Juan A. Casaubón, Trad.) EUDEBA, Buenos Aires, 1973.

_____, *El problema de la verdad en la moral y el derecho.* EUDEBA, Buenos Aires, 1979.

LECLERCQ, Jacques, *Del derecho natural a la sociología.* (José-Angel de Juanes, Trad.) Ediciones Morata, Madrid, 1961.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho.* Bosch, Barcelona, 1972; Estudios de doctrina jurídica y social. Bosch, Barcelona, 1940.

LEWIS, Clive Staples, *La abolición del hombre: reflexiones sobre la educación.* (Paula Salazar, Trad.a) Editorial Andrés Bello, Santiago, 2000.

_____, *Mero cristianismo*. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1994.

MACINTYRE, Alasdair, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes.* (Beatriz Martínez de Murguía, Trad.a). Paidós, Barcelona, 2001.

_____, *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos.* (Alejo Sison, Trad.) EIUNSA, Madrid. 1994.

_____, *Tras la virtud*. (Amelia Valcárcel, Trad.a) Crítica, Barcelona, 2001.

_____, *Tres versiones rivales de la ética: enciclopedia, genealogía y tradición*. Rialp, Madrid, 1992.

MARITAIN, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural: cristianismo y democracia.* (Antonio Esquivias, Trad.) Palabra, Madrid, 2001.

_____, *El hombre y el estado* (Manuel Gurrea, Trad.) Club de lectores, Buenos Aires, 1984.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

MASSINI, Carlos Ignacio, *La ley natural y su interpretación contemporánea.* EUNSA, Pamplona, 2006.

MCINERNY, Ralph, *Aquinas on human action. A theory of practice*. Catholic University of America Press, Washington D.C., 1992.

_____, *Ethica Thomistica. The moral philosophy of Thomas Aquinas*. Catholic University of America Press, Washington D.C., 1982.

MESSNER, Johannes., *Etica social, política y económica a la luz del derecho natural.* (J.L. Barrios, Trad.) Rialp, Madrid, 1967.

_____, *La cuestión social.* (Manuel Heredero Higueras) Rialp, Madrid, 1960.

_____, *Sociología moderna y derecho natural* (A. Ros, Trad.) Herder, Barcelona, 1964.

OLLERO, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

_____, *¿Tiene razón el derecho?: entre método científico y voluntad política*. Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro, *Derecho Natural*. Aguilar, Madrid, 1972.

PIEPER, Josef, *Las virtudes fundamentales.* (Manuel Garrido y otros, Trad.es) Rialp, Madrid, 1990.

POSSENTI, Vittorio, *Filosofía y revelación: una contribución al debate sobre razón y fe.* (Tomás Melendo, Trad.) Rialp, Madrid, 2002.

_____, "La idea de la ley natural" en Carlos Ignacio Massini-Correas, *El Iusnaturalismo actual*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

RHONHEIMER, Martin, *Ley natural y razón práctica: una visión tomista de la autonomía moral.* (Yolanda Espiña, Trad.a) Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2000,.

_____, *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*. Rialp, Madrid, 2000.

ROMMEN, Heinrich, *Derecho natural: historia-doctrina.* (Héctor González Uribe, Trad.) Editorial Jus, México D.F., 1950.

SANCHO IZQUIERDO, Miguel, *Compendio de derecho natural.* Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1980; *Lecciones de derecho natural como una introducción al estudio del derecho*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1966.

_____, *Tratado elemental de filosofía del derecho y principios de derecho natural.* Librería General, Zaragoza, 1944

SERNA, Pedro, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos.* EUNSA, Pamplona, 1990.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos: de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. Porrúa, México D.F., 2006.

SPAEMANN, Robert, *Lo natural y lo racional: ensayos de antropología*. Rialp, Madrid, 1989 (reeditado por IES, Santiago, 2012).

_____, *Crítica de las utopías políticas*. EUNSA, Pamplona 1980; Ética: cuestiones fundamentales. Eunsa, Pamplona, 1993

_____, *Felicidad y benevolencia*. Ediciones Rialp, Madrid, 1991.

_____, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*. Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003

_____, *Personas. Acerca de la distinción entre "algo" y "alguien"*. Eunsa, Pamplona, 2000.

STRAUSS, Leo, *Derecho natural e historia.* Círculo de Lectores, Barcelona, 2000.

TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*.

UGARTE, José Joaquín, *Curso de filosofía del derecho*. Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2010.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *¿Que es el derecho natural?* Speiro, Madrid, 1997.

VIGO, Rodolfo, *El iusnaturalismo actual: de M. Villey a J. Finnis*. Distribuciones Fontamara, México D.F., 2003.

_____, *De la ley al derecho*. Porrúa, México D.F., 2005.

VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979.

_____, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976.

_____, *El pensamiento jus-filosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*. Ghersi, Buenos Aires, 1981.

VIOLA, Francesco, *De la naturaleza a los derechos: los lugares de la ética contemporánea*. (Vicente Bellver, Trad.) Comares, Granada, 1998.

VOEGELIN, Eric, *La nueva ciencia de la política: una introducción.* (Joaquín Ibarburu, trad.) Katz, Buenos Aires, 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 3

EL POSITIVISMO JURÍDICO EN LA HISTORIA: LAS ESCUELAS DEL POSITIVISMO JURÍDICO EN EL SIGLO XIX Y PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

Andrés Botero-Bernal*

Sumario: I. *Introducción.* II. *Positivismo jurídico: Generalidades.* III. *La exégesis.* IV. *Las escuelas de jurisprudencia alemanas y la reacción antiformalista francesa.* V. *El positivismo inglés*. VI. *La teoría pura del derecho.* VII. *El funcionalismo o realismo.* VIII. *Reflexiones finales.* IX. *Bibliografía.*

I. Introducción

Escribiremos un texto docente. Y no crea, amable lector, que esto es una tarea fácil. Por el contrario –y todo aquel que escribió algo así sabrá a lo que nos referimos–, no hay cosa más difícil en tanto que con este tipo de libro se desea transmitir toneladas de información decantada durante años por manos más expertas, en dosis personales, minúsculas, de fácil entendimiento. Entonces, es esta doble perspectiva, la del experto y la del estudiante, la que hace que este tipo de textos sea de lo más difícil si se quiere hacer con seriedad. Se trata, dicho con otras palabras, de intentar escribir para estudiantes sabiéndose que los ojos del experto están bien abiertos a cuanto se escribe.[1]

* Profesor e investigador de la Universidad de Medellín (Colombia).

[1] Ante dichos ojos, podríamos hacernos con las palabras de Russell cuando hace el prefacio de su *Historia de la filosofía occidental*: "si se quieren escribir obras que abarquen un amplio sector, es inevitable, puesto que no somos inmortales, que quienes emprendan esta tarea inviertan menos tiempo en cada tema que el que se limita únicamente a un autor en su rígida autoridad o a un período breve. Habrá quien, en la rigidez de su austeridad universitaria, juzgue que los libros que comprenden un amplio sector no deberían escribirse en modo alguno, o, cuando menos, deberían componerse de monografías escritas por una multitud de autores. Sin embargo, con la colaboración de muchos autores se pierde algo esencial": la perspectiva amplia que permite entender las ondas de largo aliento que atraviesa el conocimiento. Russell, Bertrand, *Historia de la filosofía occidental (1961)*, Tomo I, trad. Julio Gómez y Antonio Dorta, Madrid, Espasa-Calpe, 1978, p. 7.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 63-170.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

No en balde sugiere Ludwig[2] que un buen texto es aquel que se escribe pensando tanto en el principiante como en el más ávido e informado de los lectores, pero justo por eso, por la dificultad que esto entraña: los buenos textos en el mundo docente se reducen a muy pocos.

No obstante, aceptamos el reto, no solo como forma de atender la generosa invitación de los queridos amigos organizadores de esta empresa, no solo como corresponde al honor que nos implica escribir al lado de tan queridos y prestigiosos colegas, sino especialmente, muy especialmente, por el deber que creemos recae sobre el investigador: la comunicabilidad del conocimiento más allá del par-experto. Esto es, que al investigador no solo le cabe, creemos, la tarea de imaginar nuevos mundos de sentido, sino también de transmitirlos adecuada y claramente a espacios-tiempos más amplios, en especial, a los estudiantes. Como bien dice Ortega y Gasset [1883-1955]: "Siempre he creído que la claridad es la cortesía del filósofo… Pienso que el filósofo tiene que extremar para sí propio el rigor metódico cuando investiga y persigue sus verdades, pero que al emitirlas y enunciarlas debe huir del cínico uso con que algunos hombres de ciencia se complacen, como Hércules de feria, en ostentar ante el público los *bíceps* de su tecnicismo".[3] Entonces, saber comunicarse, transmitir y enseñar ante estudiantes en temas tan áridos es un compromiso pedagógico del investigador, en este caso del iusfilósofo, que bien cabe en su calidad, antes que nada, de profesor. Por eso no podemos rechazar como medio científico el texto docente.

Ahora, para poder abarcar, en pocas páginas, la historia del positivismo como movimiento iusfilosófico (es decir, sin referirnos al positivismo filosófico de Comte [1798-1857], ni al positivismo científico, que si bien está

[2] Aunque para tal sugerencia, que achaca a Rathenau, utilice palabras fuertes: "cuando se escribe hay que pensar a un tiempo en el lector más listo y en el lector más tonto". Ludwig, Emil, *Autobiografía de un biógrafo*, trad. de Agustín Caballero, Madrid, Aguilar, 1953, p. 251.

[3] Ortega y Gasset, José, *¿Qué es la filosofía?*, 10ª. ed., introducción de Ignacio Sánchez Cámara, Madrid, Calpe, 1999, p. 39. Ludwig culpa a la tradición académica alemana por aquel prejuicio que considera que solo lo oscuro en la redacción es profundo en cuanto su inteligencia. Entonces, fundado en aforismos de Leonardo y Miguel Ángel, concluye que un buen escritor es el que muestra como fácil lo que es difícil de adquirir. Ludwig, Emil, *op. cit.*, nota 2, pp. 285-286. Nussbaum (criticando a la filosofía analítica) dice: "No hay razón para que la filosofía rigurosa no pueda ser bien escrita, adaptada para comunicar verdades importantes a la gente ocupada por los asuntos prácticos" Nussbaum, Martha, "El uso y abuso de la filosofía en la enseñanza del derecho", Trad. María Alegre, *Academia: Revista sobre Enseñanza de Derecho*, año 7, núm. 14, 2009, pp. 31-57.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

relacionado con nuestro objeto de estudio, en especial el rechazo a una metafísica previa, no pueden, sin embargo, igualarse),[4] solo podremos recurrir, obviamente, a generalidades. No obstante, como sucede con cualquier observación más minuciosa, todo tiene matices y excepciones que no deben ser obviados por y para el especialista,[5] lo que exigirá, para quien desee alejarse de los tópicos comunes y asumir este viaje con mayor detenimiento, ahondar en la bibliografía que a lo largo del texto se irá exponiendo. Dicho con otras palabras, y haciéndonos cargo de una metáfora muy recurrente, hay quienes en un viaje de placer (como lo es conocer la historia de la iusfilosofía) se contentarán con conocer los sitios comunes, los monumentos que, por ser tales, le permiten decir al turista que "aquí estuve", "por aquí pasé"; pero no faltará quien desee ir más allá para lograr que un viaje se convierta en una vivencia, y justo en eso, en la vivencia, es que García Morente [1886-1942] afincó el conocimiento de la filosofía, puesto que solo sabe algo de la filosofía quien ha decidido asumirla como una vivencia,

[4] Piénsese, por ejemplo, que la recepción de estos movimientos fue diferente en el mundo hispanoamericano y que no necesariamente un positivista filosófico tiene que ser un positivista jurídico. En Hispanoamérica, por decir algo, no fue del todo extraño que la escolástica, como iusnaturalismo católico favorecido por el Estado y por muchas instituciones educativas en pleno siglo XIX, se articulara con el positivismo filosófico y científico como lo deja en claro: Soto Posada, Gonzalo, "Positivismo y república (siglo XIX)", *Revista Universidad de Medellín*, 31, 1980, pp. 95-112.

Además, para dar otro caso, Carpintero deja en claro como ante el empirismo del positivismo científico a finales del siglo XIX (esto es, considerar que es ciencia el estudio de hechos y fenómenos experimentables), una parte del positivismo jurídico (el normativismo del que más adelante hablaremos) reaccionó con la exaltación de la norma –que no es experimentable– como el objeto de la ciencia jurídica, y con un método diferente al de las ciencias naturales. Carpintero Benítez, Francisco, "Voluntad, Ausencias, y normas: el sustrato histórico del positivismo en el Derecho", *Dikaiosyne*, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, 15, 2005, pp. 29-57 (especialmente 47-48).

[5] Y esta es, fundamentalmente, la misión del iushistoriador, en general, y del historiador de la filosofía del derecho, en especial: historizar (que supone de un lado matizar y del otro hacer memoria de) los dogmas, en tanto que "el derecho *no tiene* historia, porque *es* historia". Caroni, Pio, *La soledad del historiador del Derecho: Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente (2005 en alemán, 2009 en italiano)*, trad. de Adela Mora y Manuel Martínez, Madrid, Universidad Carlos III, 2010, p. 118. De esta forma, la historia no puede ser un medio de simple erudición vanidosa del dogmático y del iusfilósofo, puesto que su objeto (el derecho positivo), su contexto (la cultura jurídica) y su propio saber disciplinario (el derecho como ciencia) son historia. Al respecto ver: Petit, Carlos, "De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria", *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, núm. 8, 2005, pp. 237-279 (especialmente, pp. 251-252). Más específico: Botero, Andrés, "Filosofía del Derecho e Historia del Derecho: espacios para el encuentro", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 22, Tomo II, 2010, pp. 1315-1335.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

fruto de viajes, cada vez más detallados, por sus relieves, por su historia.[6] Por eso la importancia de las notas de pie de página. Entonces, bien puede decirse que en nuestro escrito hay dos rutas a seguir: las generalidades del texto principal, propias para quien está de paso; y la bibliografía y los comentarios en las notas que permitirán vivencias más detalladas para quien desee afincarse en la iusfilosofía matizando esos mismos juicios generales que de otra manera fácilmente podrían caer en el absolutismo propio del anacronismo.[7]

Otro aspecto tiene que ver con el ámbito de circulación del presente escrito docente. Atendiendo pues la idea pedagógica que hay detrás, hemos preferido citar, hasta donde nos sea posible, trabajos en español, para facilitar la labor de búsqueda del lector hispanoamericano, especialmente del estudiante de jurisprudencia, si este desea hacer de la iusfilosofía algo más que la observación de vastos panoramas.

También tenemos que aclarar desde el inicio, y que seguro un buen lector ya se habrá percatado, del uso de la primera persona del plural. Esto es algo consciente, primero porque no creemos, no es posible pretender en la actualidad, que el conocimiento se gesta en la soledad sino que, por el contrario, surge de redes, ya sea de conversaciones con colegas, trabajos con equipos de investigación, lecturas de autores (vivos o muertos) que dejaron sus voces en sus letras, etc. Escribir en primera persona del plural es una forma de recordar que, antes que nada, la academia es un ejercicio comunitario. En segundo lugar, porque este texto en concreto ha pasado por varios ojos, lo que hace que no sean solo mis pensamientos y mis palabras los que aquí se reflejan. Es, entonces, un acto de honestidad intelectual reconocer que todo escrito recoge ideas y pensamientos de tantas proce-

[6] García, Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 8ª. ed., Buenos Aires, Losada, 1962, pp. 1-5.

[7] Sin embargo, reconocer la importancia de la historia como una forma de matizar los juicios dogmáticos, supone no pocas tensiones entre la iushistoria y la iusfilosofía, puesto que la primera observa los conceptos desde los contextos logrando así relativizar sus contenidos, mientras que la segunda suele creer que los conceptos pueden atravesar períodos históricos sin verse modificados por los usos contextuales, permitiendo en no pocas oportunidades la absolutización de sus contenidos. Esto marca, por demás, una tarea aún pendiente en la historia de la filosofía del derecho: una historia (más (ius)histórica que (ius)filosófica) de sus conceptos, tal como ya lo ha hecho para bien de su propia disciplina el derecho civil (asunto que nos narra, por ejemplo: Macario, Francesco, "Recuperare L'Invisibile: una riflessione sulla storicità del diritto civile. Leggendo "La solitudine dello storico del diritto", di Pio Caroni", *Rivista di diritto civile*, Padova, Anno LVII, núm. 2, Marzo-Aprile, 2011, pp. 195-229).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

dencias que un autor ha sistematizado. En tercer lugar, porque es mucho más amable con el estudiante esta persona gramatical puesto que lo incluye, como debe ser, en un viaje, panorámico por demás, como el que ahora se brindará.

Igualmente, escribiremos, hasta donde sea pertinente, en presente. Y esto porque creemos que muchas de las ideas positivistas no han perdido validez a pesar de los años. Kelsen, por ejemplo, nos sigue hablando por medio de sus obras. Entonces, referirnos a un autor en pasado puede inducir al lector a creer que las tesis que se expongan ya han sido superadas con el paso del tiempo, asunto que no es del todo cierto.

Sobre la organización del trabajo este se dividió, para mejor comprensión del lector, de la siguiente manera: se inicia con aclaraciones y generalidades básicas sobre qué puede entenderse por positivismo jurídico. Luego se entra a explicar la primera de las escuelas positivistas, que predominó a lo largo del siglo XIX occidental: la exégesis. Con posterioridad se habla de otros modelos positivistas decimonónicos como las escuelas de jurisprudencia alemanas, la reacción antiformalista en la propia Francia y el positivismo inglés, modelos que bien pueden considerarse, en un sentido lato, positivistas, aunque varios de ellos con una marcada orientación anti-exégeta. Se continúa con la teoría pura del derecho, que marcó un hito difícil de olvidar para el positivismo jurídico contemporáneo. Más adelante se dan algunas orientaciones básicas del funcionalismo o realismo jurídico, que a pesar de su abierta oposición al normativismo es considerado una rama del iuspositivismo. Por último están unas reflexiones finales y la bibliografía. Obviamente, hay vacíos importantes, algunos motivados por la filosofía misma de un texto docente (que parte de generalidades), y otros fruto del marco temporal escogido, pues queremos dejar para otras manos la explicación del positivismo analítico hartiano así como de las escuelas positivistas más recientes.

Además, optamos por una exposición más histórica del discurso positivista que dogmática, pero más que del discurso, de los autores que son, a fin de cuentas y parafraseando muy a nuestro gusto a Gilson [1884-1978], los que determinan la realidad misma de la (ius)filosofía, esto es, que "[l]a filosofía no tiene existencia propia fuera de los filósofos".[8]

Para finalizar queremos agradecer, especialmente, a los profesores del área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Medellín, John Restre-

[8] Gilson, Etienne, *El amor a la sabiduría*, trad.de Rafael Tomás Caldera, Caracas, Ayse, 1974, p. 41.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

po, Mario Ossa, Hernán Benítez, Felipe Osorio y Mauricio Gallo, quienes hicieron sugerencias relevantes. Igualmente, a mis estudiantes y auxiliares (varios de los cuales ya se habrán graduado cuando salga este texto publicado) María Isabel Mesa, Estefanía Acosta, Juliana Osorio, Juan Camilo Martínez, Quevin Estiven Zapata, Santiago Lora, Sebastián Blandón y Camilo Palacio, por su ayuda en la recolección de información así como por sus aportes, materiales y formales, para este texto. También a los editores, quienes no dejaron de hacer observaciones pertinentes a lo largo de su escritura. Claro está que las opiniones aquí emitidas solo comprometen a su autor.

II. Positivismo jurídico: generalidades

Antes de nada debemos partir de algunos puntos en común, unos tópicos en su sentido más estricto (forma de organizar el pensamiento y forma de convencimiento del auditorio),[9] que permitan encauzar la comprensión que debemos tener del positivismo jurídico.

En primer lugar, este nombre, positivismo jurídico, realmente no nos dice nada. Dentro del positivismo encontramos tantas escuelas, tantos movimientos, incluso profundamente encontrados entre sí, que mal se haría en considerar que hay una esencia suprasensible de lo que es el positivismo o, peor aún, de ser positivista. Hay, no obstante, ciertos aspectos que, generalizando, podrían permitir alguna identificación de las escuelas iuspositivistas, aunque no son criterios últimos ni definitivos: i) el rechazo, por algunos, o la no consideración, por otros, de las teorías metafísicas dentro del discurso científico del derecho; ii) la opinión generalizada de que el derecho válido no está necesariamente relacionado con el derecho justo; iii) el énfasis en la consideración del Estado como única o principal, según el caso, fuente del derecho válido (aunque esta característica no aplique plenamen-

[9] Concepto de origen aristotélico, con un largo recorrido filosófico, puesto nuevamente en escena en el siglo XX, entre otros por Perelman, Chaïm, *El imperio retórico: retórica y argumentación*, trad. de Adolfo Gómez, Bogotá, Norma, 1997 y con un amplio uso en el pensamiento jurídico contemporáneo (en especial gracias a: Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª. ed., trad. de Jorge Seña, Barcelona, Gedisa, 1997), aunque por su afán de erudición no siempre se haya hecho un buen uso de este concepto (ver, para tal efecto, el análisis crítico hecho por: García Amado, Juan Antonio, "Tópica, Derecho y método jurídico", *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 161-188).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

te para el realismo sociológico); iv) la aceptación del monismo (solo un derecho válido) en vez del dualismo jurídico (un derecho positivo y otro natural, ambos con validez); y v) la reivindicación de la expresión lingüística determinable, en especial de la palabra escrita, como la *forma* propia del derecho, para así diferenciar lo jurídico de la moral, que no se agota en el lenguaje, y precisar los alcances de la norma. De esta manera, podemos considerar que las diversas escuelas del iuspositivismo giran fundamentalmente en torno a estos tópicos, pero con acentos variados, como lo iremos viendo a lo largo del texto.

Incluso, aceptando que no hay un positivismo sino que este es el nombre con el que se designa a una gran variedad de escuelas, ya podemos plantear nuestras críticas a muchos movimientos contemporáneos que son ora iusnaturalistas, ora no-positivistas, que aluden con términos muy peyorativos al positivismo, cuando en verdad quieren enfocar sus críticas a una de las escuelas del mismo, esto es, a la exégesis.[10] Por tanto, digámoslo de una vez, no todo positivista es un exégeta, aunque un exégeta es un positivista.

Otra generalidad que no podemos dejar de lado se refiere a que, pedagógicamente hablando, sin pretender crear categorías *a priori*, suele dividirse a las escuelas iuspositivistas en dos grandes grupos: funcionalistas (o realistas) y estructuralistas (o normativistas),[11] aunque, hay que decirlo, se suele identificar el positivismo con los segundos, mientras que a los primeros se les considera, generalmente, como "realistas", sin más. Incluso, el propio Bobbio [1909-2004], en su *Teoría general del derecho*, diferencia a los positivistas (que son los estructuralistas) de los realistas (o funcionalistas);[12] pero a ambos los opone a los iusnaturalistas. No obstante, los funcionalistas o realistas, de los que más adelante hablaremos, serían integrantes, con los matices respectivos, del positivismo jurídico.[13] En términos generales, mien-

[10] Presente, por ejemplo, en: Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 159-177. Igualmente, Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 21-45 y 93-130. Una crítica a esta mirada reduccionista del positivismo jurídico, en: Botero, Andrés, *Ensayos jurídicos sobre teoría del derecho,* Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010, pp. 197-210.

[11] Clasificación que encontramos, por ejemplo, en Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Rozo, Bogotá, Temis, 1987, pp. VIII-X.

[12] *Ibídem*, pp. 20-38.

[13] No puede confundirse el "realismo jurídico", que es un movimiento positivista, con el "realismo jurídico clásico", este último defendido, entre otros, por Finnis [1940-] (Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000) y Hervada [1934-] (Hervada, Javier, "Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico", *Dikaion*, Bogotá, Revista Universidad de la Sabana, núm. 2, 1988, pp. 7-19), y que corres-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tras el funcionalismo se centra más en la pregunta por el derecho eficaz (ya sea ante los jueces o ante la sociedad), el estructuralismo se centra más en la pregunta por la validez de la norma a partir del ordenamiento jurídico. De esta forma, un funcionalista se pregunta por la función del derecho en campos judiciales o sociales, mientras que el estructuralista define el derecho mismo desde la norma jurídica y desde el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, las fronteras entre funcionalismo y estructuralismo no son del todo claras, puesto que, como bien lo demostró Guibourg [1938-],[14] ninguna ha podido prescindir por entero de la otra al momento de explicar la complejidad del derecho. Kelsen [1881-1973], por ejemplo, consideró que la eficacia determina la validez de la norma (ya en sentido individual o del ordenamiento jurídico) en tres casos: i) la costumbre (pues solo puede ser costumbre la que es eficaz en un entorno social); ii) la revolución (solo puede modificar una norma fundamental y, por ende, la constitución que fundamenta todo un sistema jurídico, la revolución victoriosa, esto es, la eficaz); iii) el desuso (*desuetudo*) o costumbre negativa (si una norma o un ordenamiento no son aplicados durante un buen período de tiempo y de forma generalizada, aquélla o aquél llegan a perder su validez).[15] Entonces, nunca podrá perderse de vista que las clasificaciones, en especial en lo que estudiamos, son más propuestas basadas en acentos y con fines pedagógicos, que cualquier otra cosa, pero sin ellas, creemos, las cosas serían más difíciles de comprender.

---

ponde más con el iusnaturalismo. Incluso, con este nombre (realismo jurídico clásico) se aglutina muy buena parte del iusnaturalismo actual argentino, en especial, y el latinoamericano, en general. Véanse los trabajos de Massini y Vigo, respectivamente, presentes en: Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho argentina*, Buenos Aires, Temis, 2008, pp. 117-194.

[14] Guibourg, Ricardo A, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986. Una versión actualizada de este texto, se publicó recientemente en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 331-373. En adelante se seguirá citando la versión argentina de 1986.

[15] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho,* 14ª. ed., trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2005, pp. 217-225. Mejía, por su parte, comenta: "Ya en Kelsen la validez del sistema jurídico dependía de un mínimo de eficacia sin la cual aquella quedaba totalmente en entredicho. Pero la eficacia suponía, a su vez, un mínimo grado de aceptación que el sistema tenía que lograr entre la ciudadanía, es decir, un mínimo nivel de justificación, en otras palabras, de legitimidad. Aunque el énfasis era la validez, visto desde una óptica epistemológica, esta estaba supeditada, en últimas, a la legitimidad general del mismo". Mejía Quintana, Oscar, "Legitimidad, validez y eficacia en las ciencias sociales y el derecho en Colombia", en Mejía Quintana, Oscar y Encinales Ariza, Natalia, *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*, Bogotá, Ibáñez, 2011, p. 70 (pp. 13-74).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Otra generalidad importante para ser tenida en cuenta tiene que ver con la clasificación, bien conocida, del positivismo propuesta por Bobbio y de la que podemos hacernos cargo parcialmente. Este autor italiano consideró que existían tres positivismos: i) el ideológico o como ideología que, sintetizando, considera al derecho válido (especialmente si es válido por ser fruto de la voluntad de un órgano representativo-democrático) como justo y sabio. La validez jurídica sería algo así como la garantía de la justicia y la sabiduría de una norma. Se refiere, pues, Bobbio,[16] a la idea más expandida, aunque no del todo correcta como lo veremos más adelante, de la exégesis decimonónica. ii) El teórico o como teoría que, resumiendo, considera que el derecho válido, por tanto el que obliga y el que es coercible, es el que es fruto del Estado por lo que termina por identificar positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho. iii) El metodológico o como modo de acercarse al estudio del derecho que, *grosso modo*, señala que el discurso científico legítimo del derecho no es otro que el que se ocupa del estudio del derecho positivo o válido, y no del derecho que debería ser derecho, es decir, derecho ideal, por lo que la elección determinada y consciente del objeto de estudio es lo que lo hace un positivismo, dejando de lado otras facetas que si bien igualmente pudieron ser estudiadas se dejan en manos de otras disciplinas diferentes a la jurídica.

Sobre la exégesis ya hablaremos más adelante, incluso retomando a Bobbio, pero lo que más nos interesa por este momento es ver que el positivismo implica una doble perspectiva, que puede ser complementaria o excluyente desde el punto de partida del observador. Una forma de positivismo es la que se pregunta por el derecho positivo, ya sea porque es el válido por ser fruto de un ordenamiento jurídico estatal (tesis central del estructuralismo), ya sea porque es el eficaz, y esto incluso, para muchos, lo hace considerar como el válido en tanto es el que cumple una función real dentro de un sistema social (en relación –de cooperación o de resistencia– con el Estado) o judicial-estatal concreto (tesis central del funcionalismo). Pero también es posible hablar de un positivismo como una forma de asumir el discurso científico del derecho. Se puede ser, y este es el mérito de la clasificación del autor italiano, positivista teórico (considerar que el derecho obligatorio es el real o positivo) y positivista metodológico (considerar que solo compete al discurso científico del derecho el estudio del derecho positivo). Por regla general uno conlleva al otro, pero es posible ser positivista

[16] Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Coyoacán, Fontamara, 1999, pp. 37-66.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

metodológico sin ser teórico, como sería quien piense que el derecho no se agota en la teoría estatal del derecho pero que solo es científicamente legítimo estudiar ese derecho fruto de la teoría estatal. En fin, las posibilidades son más variadas de lo que inicialmente podemos creer. Aquí intentaremos dar cuenta de ambos positivismos a lo largo de la exposición de las principales escuelas del iuspositivismo.

Y siendo consecuentes con lo anterior, llegamos a otra generalidad a ser tenida en cuenta y tiene que ver con que el positivismo jurídico, por las circunstancias en las que nació y se desarrolló es, hasta el momento, una postura vinculada con la teoría estatal, todo lo cual correspondió con el racionalismo y el positivismo filosófico que consideraron como útil y necesario para el bienestar del nuevo modelo socio-económico un gobierno científico, reglado y planificado de la conducta humana. En este sentido el positivismo jurídico puede ser leído tanto en clave liberal (es decir, en un liberalismo político moderno) como en clave totalitaria (esto es, entender el Estado como una nueva forma de absolutismo político). En clave liberal puede entenderse el positivismo como una forma de articular la voluntad (el Estado y la política) con la razón (los derechos y el ordenamiento jurídico), esto es, el Estado de derecho. Según el liberalismo político, el Estado no debe ser de hombres sino de leyes, por lo que la voluntad debe estar regida por la razón, aunque es derecho, en últimas, lo que la voluntad determine según un procedimiento que garantice la democracia representativa de la soberanía, popular o nacional.[17] Entonces, la prédica de que el derecho es obligatorio porque es fruto del representante del soberano (es decir, el Parlamento que representa al soberano, esto es, a los electores) es una manera en la que se pretendió limitar la voluntad, la política, protegiendo así la democracia decimonónica moderna. Considerar que la ley del Parlamento elegido por la mayoría es superior a la voluntad del poder ejecutivo y, en especial, de los jueces, fue una forma en la que se creyó, en pleno siglo XIX, como garantizada la democracia de órganos no democrá-

[17] Contamos con una muy buena historia, aunque muy general por sus alcances pedagógicos, sobre cómo la modernidad liberal ha girado en torno a la tensión entre voluntad y razón: Costa, Pietro, *Democrazia política e stato costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006. Para fortuna de los brasileros, ya fue traducida al portugués, en Costa, Pietro, *Soberania, representação, democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*, trad. de este capítulo Érica Hartman, Curitiba, Juruá Editora, 2010, pp. 235-284. Un análisis de esta obra, en: Botero, Andrés, "O poder e os direitos: uma história florentina sobre tensões e fracassos", trad. de Alberto Arbex, *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba (Brasil), Universidade Federal do Paraná (UFPR), núm. 51, 2010, pp. 101-135.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ticos (el ejecutivo –aunque pueda ser elegido, siempre buscará doblegar al derecho pues trabaja con la lógica de gobierno unipersonal y con estructura jerárquica–, y los jueces porque no son fruto de procesos electorales sino de designaciones burocráticas). En fin, desde la perspectiva liberal, el positivismo fue el fruto de una apuesta por un modelo democrático en concreto, y una forma de articular la voluntad y la razón dentro de los proyectos modernos dominantes, más o menos, en Occidente a partir de las revoluciones atlánticas (francesa, estadounidense e hispanoamericana).[18]

Sin embargo, el positivismo también puede ser vinculado a proyectos totalitario-estatalistas, al momento de considerarse que el derecho emitido por el Estado –especialmente cuando no es demócrata o, siéndolo, termina por ser un perverso caso de populismo y depravación moral– debe ser siempre obedecido por ser precisamente emanación del Estado. Efectivamente, no han faltado argumentos en esta línea que han permitido a los críticos del positivismo denunciar el uso que de dichas posturas se ha hecho en sistemas políticos totalitarios. Pero aquí el positivista podría replicar, aunque no podemos decir que siempre con rotundo éxito, de la siguiente manera: 1) el medio no es responsable de la finalidad del uso que se da (como en el caso de un arma, esta no es la culpable del homicidio que se comete con ella); 2) que el positivismo –especialmente el decimonónico– defendía la democracia representativa frente al despotismo ilustrado que ponía el derecho en el criterio absoluto del príncipe y de la fe; 3) que no es una tesis exclusivamente positivista la idea del obedecimiento ciego a la ley (ya defendida, por ejemplo, por varios autores del iusnaturalismo); 4) que si bien agentes del Estado pueden ser transgresores de los derechos humanos, igualmente lo pueden ser otras fuerzas –legales o no– que solo el Estado podría controlar; 5) que justo el totalitarismo se enfrenta al espacio vivo entre los hombres que está delimitado por las leyes positivas[19] y que en muchos casos de Estados totalitarios no se ha optado tanto por el iuspositi-

[18] Un texto muy pertinente para estudiar la influencia de las revoluciones estadounidense y francesa en el estatalismo (en la que se encuadraría el positivismo), es: Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 2a. ed., trad. de Manuel Martínez, Madrid, Trotta, 1998, especialmente pp. 25-53. Sin embargo, no menciona este autor las implicaciones de la revolución hispanoamericana de independencia en el proceso de construcción del estatalismo. Sobre esto último, para el caso colombiano: Escobar, Juan Camilo y Maya, Adolfo León, *Ilustrados y republicanos: El caso de "La ruta de Nápoles" a Nueva Granada*, Medellín, Universidad Eafit, 2011.

[19] Idea tomada de: Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, trad. de Guillermo Solana, Madrid, Alianza, 2009, p. 624. Este texto, por demás, es un excelente estudio sobre qué entender por totalitarismo en la modernidad.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

vismo sino por ciertas variantes de un iusnaturalismo o de ideas metafísicas que, supuestamente, están por encima del derecho positivo y guían su acción;[20] 6) que en el derecho nazi, por seguir el ejemplo más fácil de Estado totalitario, se consideraba que el derecho del Estado estaba al servicio de una pureza racial que actuaba como si fuese un derecho natural aunque no racionalista ni teológico. En este sentido, incluso, podría decirse que los juristas más destacados del nazismo no pasaron por el positivismo, y si alguna vez usaron sus ideas, fue más cuando era de su provecho circunstancial;[21] 7) que Eichmann [1906–1962], el planificador de la *Solución final* (exterminio de judíos, opositores políticos, miembros de grupos étnicos considerados inferiores, etc.), afirmó que sus acciones se fundamentaron en el actuar por deber (es decir, en el respeto a la ley válida) y que siempre trató de vivir acorde con su interpretación (errada para algunos[22] y correcta para otros)[23] del imperativo categórico kantiano,[24] que es uno de los fundamentos del iusnaturalismo racionalista-ilustrado.

[20] Véase, para mayor claridad, la defensa que Bobbio hace del positivismo ideológico (a pesar de las críticas que le hace) presentes en: Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 16, pp. 51-55.

[21] Sobre las relaciones entre el iusnaturalismo y el nazismo, puede verse, por ejemplo: Aguilar Blanc, Carlos. "Los orígenes iusnaturalistas de la filosofía jurídica nacionalsocialista en la obra política escrita de Adolf Hitler y Alfred Rosenberg", *Revista Internacional de Pensamiento Político* - I época, Vol. 8, 2013, pp. 187-210. Para entender la mentalidad iusfilosófica de los juristas nazis, es pertinente la lectura de García Amado, Juan Antonio, "¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?", en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011, pp. 19-93. Igualmente, Silva-Herzog Márquez, Jesús, "Carl Schmitt. Jurisprudencia para la ilegalidad", *Revista de Derecho*, Vol. XIV, Julio de 2003, pp. 9-24.

[22] Por ejemplo, Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, 2ª.ed., trad. de Carlos Ribalta, Barcelona, Debolsillo, 2006, pp. 198-203. Este texto, por demás, da muy buenas claves para entender cómo funcionaba y cómo se enseñaba el derecho nazi.

[23] Onfray, Michel, *El sueño de Eichmann*, trad. de Alcira Bixio, Barcelona, Gedisa, 2009.

[24] Sobre este concepto descansa la moral kantiana, que se puede expresar de la siguiente manera: Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad que rige tu acción pueda valer, al mismo tiempo, como un principio de validez universal. Este imperativo categórico implica, (i) considerar a la humanidad como un fin en sí mismo y nunca solo como un medio, (ii) defender el establecimiento de máximas de la conducta dentro del reino universal de los fines y (iii) adoptar solo máximas que puedan ser universales. Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, edición bilingüe, trad. Dulce María Granja, México, Fondo de Cultura Económica, UAM y UNAM, 2011, p. 35 (parágrafo 7), entre otras. Kant, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Trad. R. Rodríguez Aramayo, Madrid, Alianza, 2002. Segundo Capítulo "Tránsito de la filosofía moral popular a una metafísica de las costumbres".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

En fin, el positivismo, en su relación con una teoría del Estado, puede ser visto tanto como una propuesta democrática como una propuesta totalitaria (asunto sobre el que volveremos más adelante), existiendo ejemplos históricos que dan razón a unos y otros. Empero, hay que decirlo, hoy día, en plena época de crisis de la razón jurídica hasta ahora dominante[25] y, por ende, del positivismo, las versiones críticas[26] (incluso algunas ya muy exageradas) pululan más que las benignas.[27]

[25] No obstante, hay que decirlo, de la crisis del derecho siempre se ha hablado, y desde muy antiguo, como un motivo, fundado o no, para buscar su reforma. Claro está que la crisis de la que tanto se ha hablado desde finales del siglo XIX era fundamentalmente la crisis de la ley que supuso una crisis del derecho (puesto que la ley pasó a ser la principal fuente de derecho), la cual ahora implica también una crisis de la soberanía estatal en momentos de globalización económica y resurgimiento de los localismos (asunto que es denominado como glocalización). Incluso, ya son muchas las voces que señalan que la autoridad (simbólica o real) del Estado –y de su derecho– depende cada vez más del resultado que arroje la actual tensión que este tiene, más evidente incluso en momentos de crisis económica, con el sistema financiero internacional.

Sobre la crisis contemporánea del derecho, sugerimos la lectura de Passaglia, Paolo, "La 'crisi della legge' come riflesso della crisi della sovranità statale", *La crisis de la ley: memorias del II Encuentro de claustros docentes Pisa, 2006*, México, Escuela Libre de Derecho, 2007, pp. 111-177. Igualmente: Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 10, pp. 9-20, donde se afirma que hemos pasado de la soberanía del Estado-Ley a la soberanía del Estado-Constitución, lo que refleja la crisis del primero y el buen momento del segundo. También: Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, trad. de Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 2011. Este último plantea cómo el derecho entró en crisis al verse reducido a la ley del Estado, crisis que se evidenció en Occidente a finales del siglo XIX y principios del XX. Señala, además, que el siglo XX es un siglo de transición del derecho, en especial por efecto de la globalización actual.

[26] Además de las de autores neoconstitucionalistas como Alexy o Zagrebelsky, ya citados, están igualmente, las del maestro de la Escuela de Florencia, Grossi [1933-]. Por ejemplo: Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995. Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez, Madrid, Trotta, 2003. Esta crítica al estatalismo y, por ende, al positivismo –especialmente su vertiente decimonónica– es una constante en la Escuela de Florencia. También está el trabajo de Zannoni para quien la crisis de la razón jurídica es, fundamentalmente, una crisis de los positivismos. Zannoni, Eduardo A, *Crisis de la razón jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1980, especialmente pp. 53-101. Igualmente, encontramos a Prodi quien, al plantear la historia de la distinción occidental entre normas jurídicas y morales, entre lo ilegal y lo pecaminoso, señala cómo el exceso de derecho positivo pone en crisis, con efectos peligrosos, la ética en la regulación de la vida individual. Prodi, Paolo. *Una historia de la justicia: de la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y Derecho*, trad. de Luciano Padilla, Barcelona, Katz, 2008.

[27] Como la de Hoerst, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón, Barcelona, Gedisa, 2000, especialmente pp. 9-27. Sobre la pertinencia actual del positivismo jurídico, ver: Escudero, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico: un debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas y Universidad Carlos III, 2004. Laporta, Francisco J., *El imperio de la*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Ahora, ya con estas generalidades a ser tenidas en cuenta, podemos pasar a explicar los aspectos más básicos de la primera de las escuelas positivistas, y justo la que más negra fama se ha granjeado en los últimos años: la exégesis.

III. La exégesis[28]

Fioravanti,[29] en un texto ya citado, expone que, básicamente, hay tres modelos de la historia de las cartas (constitucionales) de los derechos. El primero es el historicismo que, *grosso modo*, señala que el fundamento de los derechos está anclado en la historia misma del sistema jurídico-político, concretamente en la costumbre ratificada judicialmente. Este modelo fue el predominante en el Antiguo Régimen y no puede entenderse por fuera del iusnaturalismo, especialmente escolástico y la visión italiana (o mejor boloñesa) de entender el derecho romano (también conocido como *mos itallicus*)[30] en el campo continental, aunque este logró sobrevivir, *mutatis mutandis*, a los tiempos modernos en el sistema jurídico anglo-sajón. Aquí, como todos sabrán, el fundamento de los derechos no está en una ley ni en el individuo mismo sino en la interpretación (y actualización) judicial de costumbres y textos antiguos que se han convertido en hitos (¿o mitos?) del sistema jurídico. Pero el historicismo, con su carga de Antiguo Régimen, generó una reacción en su contra: el iusnaturalismo racionalista que progresivamente enfiló sus baterías contra el modelo político dominante –fundado

ley: una visión actual, Madrid, Trotta, 2007. Jiménez, Roberto M, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

[28] Este apartado se publicó, con algunos cambios, en Botero, Andrés. "Matices a la interpretación tradicional de la exégesis", *Revista Jurídicas*, Manizales (Colombia), Facultad de Derecho de la Universidad de Caldas, núm. 9, 2012, pp. 120-135.

[29] Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18.

[30] En este escrito haremos referencia tangencial a los tres principales modelos de comprender o leer el derecho romano: *itallicus, gallicus y germanicus*. El primero predominó en la universidad de Bolonia y en las que esta logró una amplia influencia especialmente entre siglos XII y XV. La segunda la encontramos en la universidad de París y en las instituciones sobre las que esta logró cierto control ideológico, muy asociado al humanismo (al que también mencionamos en este escrito), presente fundamentalmente entre los siglos XVI al XVII, con fuerte ascendencia en el iusnaturalismo racionalista e ilustrado. La tercera se ubica especialmente en el siglo XIX alemán, como reacción al movimiento exegético francés. Al respecto, puede verse: Valencia Restrepo, Hernán, *Derecho privado romano*, 3ª. ed., Medellín, Señal editora, 1998, pp. 213-222.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en las costumbres y en la sociedad estamental– para plantear la necesidad de reubicar el derecho ya no en torno a disposiciones morales heredadas que reflejaban el *orden objetivo del mundo*, sino en torno al *sujeto* cartesiano que se desligaba de aquel para luego dominarlo.[31] Esto, con el tiempo, dio lugar a que lo público girase cada vez más alrededor de los Estados-Nación que de las monarquías –con un marcado acento absolutista a partir del siglo XVI–, las cuales, aunque les sirvieron bien a aquellos, poco a poco se convirtieron en estorbos ideológicos para el advenimiento de períodos menos personalistas y más institucionales. Y quien llegó al punto crucial de esta propuesta fue la Ilustración, la cual consideró que el soberano ya no es la costumbre (a fin de cuentas, la costumbre es la enemiga de todo aquel que desea cambios), sino el individuo en estado de naturaleza. Sin embargo, el individuo, para poder vivir en sociedad, cede su soberanía en virtud de un juramento-voto[32] al pueblo con voluntad general (Rousseau [1712-1778])[33]

[31] Asunto clarísimo en Heidegger, Martin, "La época de la imagen del mundo", trad. Helena Cortés y Arturo Leyte, en Heidegger, Martin, *Caminos de bosque*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 63-90.

[32] Analizado por Prodi, Paolo, *Il sacramento del potere. Il giuramento político nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 469-471. El fundamento de la adscripción del individuo a lo colectivo, según Rousseau está más del lado de un juramento-voto (como el de adscripción unilateral a un grupo iniciático como los masones) que a un juramento-contrato (donde juro obedecer e integrarme a lo colectivo fruto de un acuerdo de voluntades con el que recibe el juramento de fidelidad). Por demás, Prodi le baja el tono, con su propuesta del juramento-voto como base del sistema político moderno, a la continua discusión sobre si en Rousseau predominan las ideas del individualismo o del estatalismo (discusión presente, por ejemplo, en Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18). Agreguemos que para el autor ginebrino (ver: Rousseau, Jean-Jacques, *Emilio o la educación (1762)*, trad. Cardona Castro, Barcelona, Brugera, 1971), así como para Kant, el individuo es perfectible, por su propia *naturaleza*, por medio de la educación, la cual, obviamente, debe estar bajo supervisión prioritaria del Estado. De esta forma el individuo ilustrado (por y para el Estado) puede articularse a la voluntad general mediante un juramento.

[33] Rousseau, Jean-Jacques, *Contrato social (1762)*, Trad. Fernando de los Ríos, Madrid, Calpe, 2007. Frente a este autor hay que diferenciar lo que él dice de lo que sobre él dice la tradición político-jurídica. En primer lugar, mucho se ha especulado si él es estatalista o individualista (por ejemplo, Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18, pp. 35-46), asunto que se mencionará más adelante. Por el momento valga decir que la tradición estatalista hace hincapié en lo suyo (para lo cual parte de la lectura de los libros segundo, tercero y cuarto del "Contrato social"), y la individualista en lo propio (fundada especialmente en el libro primero de la misma obra). Agreguemos que, para Rousseau la soberanía es el ejercicio de la voluntad general de un ser colectivo: el pueblo. Pero la soberanía, según él, es inalienable (Libro II, cap. I), indivisible (Libro II, cap. II), indestructible (Libro IV, cap. I), que no puede soportar sociedades parciales que representen intereses grupales pues el ciudadano debe expresarse por sí mismo para evitar diferencias al momento de formarse la voluntad general

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

o a la nación (Sieyès [1748-1836]) entendida como una unidad consolidada que trasciende a los individuos y al tiempo mismo. Veamos.

Por soberano podemos entender, por el momento, aquel que, por tener el máximo poder, no tiene por qué rendir cuentas a nadie, salvo a sí mismo, y es fuente constituyente de los demás poderes. En este sentido, en el historicismo, la soberanía radica, fundamentalmente, en manos de la divinidad que se expresa entre los hombres mediante un derecho natural ratificado por la historia. Es la historia, la costumbre, la que pone en evidencia la sabiduría de lo que ha sobrevivido entre los hombres tanto tiempo. Esto explica, además, por qué para el Antiguo Régimen, la norma entre más antigua, más sabia, y la razón por la que los monarcas, en términos generales, se mostraban frente a los súbditos más como jueces y recopiladores del derecho antiguo y de las buenas costumbres, que unos legisladores de derecho nuevo.[34] Ahora, como la divinidad no podía ejercer por su propia cuenta el gobierno de los hombres, asunto que por demás violaría el libre albedrío que se les concedió a estos, el derecho natural, respaldado por la costumbre, termina por delegar en el príncipe y en la Iglesia tal función, lo cual generó continuos roces entre ambos poderes (piénsese, por ejemplo, en los continuos conflictos entre el emperador del Sacro Imperio Romano-Germánico con el Papa) y procesos de continua centralización política dentro de cada uno de estos dos órdenes (desde el Bajo Medioevo se dieron procesos de paulatina centralización del poder en torno al príncipe y al Papa que los terminaron por cimentar, ya a inicios de la Edad Moderna, como las cabezas visibles del gobierno civil y del eclesiástico respectivamente). Así las cosas, el mando del príncipe y del Papa siempre se justificó en la teología y en las costumbres, aunque, hay que decirlo, ya en épocas de la

(Libro, II, cap. III), etc. En consecuencia, no puede afirmarse tajantemente que el soberano, para Rousseau, es simplemente una sumatoria de individuos-ciudadanos, pues esto supondría mínimamente que la soberanía sería divisible; pero tampoco podría considerarse que los ignora pues la soberanía recae en ellos inicialmente y, luego del contrato, son ellos los que integran la colectividad que forma la voluntad general. En fin, la tradición político-jurídica ha querido ver a Rousseau como el padre de la soberanía popular, donde el soberano es una colectividad de individuos-ciudadanos, oponiéndola a la soberanía nacional de Sieyès, pero estamos convencidos que estas ideas deben ser matizadas, asunto que aquí no hacemos del todo por motivos de espacio.

[34] Nada mejor para entender el funcionamiento del sistema jurídico medieval que: Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18, pp. 25-35. Grossi, Paolo, L'ordine…, *op. cit.*, nota 26. Hespanha, António Manuel, *Cultura jurídica européia: síntese de um Milênio*, Florianópolis (Brasil), Boiteux, 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

monarquía ilustrada o despótica, los príncipes empezaron a fundar su propia soberanía en sí mismos, aunque nunca faltó como respaldo de su poder la voluntad sobrenatural.[35]

Fue contra este modelo que se levantaron diversos movimientos que, en términos generales, dieron lugar al iusnaturalismo racionalista. Encontramos así a los humanistas,[36] luego a los racionalistas en sentido estricto[37] y con posterioridad a los ilustrados, quienes pretendieron un nuevo fundamento de los derechos y, por ende, un nuevo soberano: el poder constituyente. Según la tradición, para Rousseau, por poner un ejemplo, el soberano sería inicialmente el propio individuo (tesis central del segundo modelo enseñado por Fioravanti: el individualismo),[38] dueño de sus derechos, quien, en un acto de integración al pueblo –entendido fundamentalmente como una unión de (la voluntad de los) individuos–, da lugar, mediante un "contrato social", al Estado. Todo esto nos deja en claro que el poder constituyente es previo a la organización política constituida, y que el "contrato social", por ser justo un contrato, parte de la igualdad formal de las partes intervinientes, es decir, de los individuos y el Estado.[39] Podemos agregar

[35] Por ejemplo, en 1680 apareció en Inglaterra una obra de Robert Filmer denominada "Patriarcha" que señalaba que el príncipe gobierna en nombre de Dios, por lo cual su mandato es absoluto. Fue Locke, en su "Primer Tratado sobre el Gobierno Civil" (1690), quien se opuso a tal argumento, pues según él si Dios concedió la autoridad real a Adán y este lo transmitió a sus herederos, significa que el hombre no nació libre. Pero este debate lo que deja en claro es la continua presencia de discursos monarcómanos, incluso con posterioridad a la Edad Media, y la presencia de una oposición propia del modelo racionalista. Quien desee mejores noticias sobre la centralización del poder desde el Bajo Medioevo, remítase a: García Pelayo, Manuel, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Madrid, Revista de occidente, 1968, pp. 97-140.

[36] Íntimamente relacionados con el *mos gallicus* o forma especialmente francesa de leer el derecho romano en el siglo XVI. Cfr. Hespanha, António Manuel, *op. cit.*, nota 34, pp. 255-258.

[37] *Ibídem*, pp. 293-297.

[38] Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18, pp. 35-46.

[39] Consideramos crucial la lectura de los cuatro primeros capítulos del libro II (Rousseau, Jean-Jacques, *op. cit.*, nota 33, pp. 55-63) para que el lector entienda las dificultades en la interpretación de Rousseau, pues es constante en él articular, y no siempre de forma clara, los conceptos de "voluntad general" (que no es necesariamente la "voluntad mayoritaria"), "Estado", "pueblo" e "individuo". Los expertos, movidos por sus largos estudios, hacen matices diferenciadores entre estos conceptos, sin poder negar que la forma en que nuestro autor los asimila es harto compleja. Más clara, sin embargo, ha sido la tradición que ha visto a Rousseau como el padre de la soberanía popular. No obstante, por efectos pedagógicos y generales de este texto, debemos pasar por alto estos matices diferenciadores, pero esperamos que nuestro lector no se quede aquí, en las superficies. Igualmente, por motivos de espacio, no pudimos tratar la forma en que Rousseau concibe la religión del pueblo como

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que se le conoce como "contrato social", primero, porque es un contrato que surge de la sociedad y, segundo, porque con él se constituye una nueva persona jurídica, esto es, un "contrato societario". De esta manera, Rousseau, al momento de apelar al derecho en su forma contractual que supone la voluntad de sujetos, deja de lado la fuerza, la tradición y la divinidad como los fundamentos del poder.

Este contrato tiene cuatro características fundamentales: i) crea una persona jurídica llamada Estado; ii) cede al Estado (que en esta línea, es más una creación decimonónica) la soberanía otrora de los individuos; iii) consolida el pueblo en tanto que así se manifiesta como una voluntad general, pero una vez cede la soberanía, se auto-restringe en la medida que el Estado pasa a ser el centro del poder y el fundamento de los derechos (tesis central del tercer modelo expuesto por Fioravanti: el estatalismo[40] que pronto se convertirá, por lo menos como idea, en la representación de un nuevo absolutismo),[41] y iv) constituye una representación, donde el Estado representa y, por ende, compromete al pueblo ante los demás pueblos y Estados (esto es, en el derecho internacional).

Sin embargo, el Estado, en sí mismo, es una entelequia política que requiere de otros para ser real, por lo que entra aquí el tema de la división de poderes ya planteado por Locke [1632-1704][42] y Montesquieu [1689-1755],[43] entre los autores más reconocidos.[44] Según la lectura tradicional

un medio del Estado para el cumplimiento de los fines políticos. Quien desee profundizar sobre esto último, puede remitirse, entre otros textos, a: Garzón, Iván. "Rousseau: ¿Religión política o instrumentalización política de la religión?". *Revista de Derecho*, Barranquilla, Universidad del Norte, núm. 33, 2010, pp. 197-221.

[40] Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18, pp. 46-53. Según este texto, el estatalismo no acepta un poder constituyente previo a la organización política constituida y defiende, en vez de un "contrato social" basado en la igualdad de las partes, un "pacto social de dominación" mediante el cual los individuos reconocen el poder soberano del Estado, dueño, de entrada, del derecho y de los derechos.

[41] Sobre cómo el Estado se convirtió en una mitología jurídica moderna, en una manifestación del absolutismo, ver: Grossi, Paolo, L'ordine..., *op. cit.*, nota 26. Grossi, Paolo, Mitología jurídica…, *op. cit.*, nota 26.

[42] Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil (1690)*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2000, capítulos 11-13 (pp. 141-163).

[43] Montesquieu, *Del espíritu de las leyes (1748)*, Versión castellana de Nicolás Estévanez, Tomo I, París, Garnier, 1926, especialmente Libro XI, capítulo VI (pp. 224-239) donde queda en claro la importancia de Locke para el autor francés.

[44] Sobre la historia de las ideas jurídico-políticas en torno a la división de poderes, puede consultarse: García Pascual, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Edicions

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

de la división de poderes (que no necesariamente corresponde con lo literalmente dicho por los autores aquí mencionados),[45] las ramas del poder público en las que circula la soberanía son tres: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. ¿Pero cuál de ellos recibe privilegiadamente la soberanía depositada en el Estado?

El ejecutivo, según la mayoría de los planteamientos de los ilustrados del XVIII, se basaría en una doble función: una activa de control del orden público según la ley, y una pasiva de ejecutar la ley, pero en ambas siempre estaría, por lo menos en teoría, supeditado a la ley, por lo cual no sería un poder soberano. Y no lo sería pues el ejecutivo estaría liderado por el príncipe, quien recibiría esta potestad no por la soberanía del pueblo (pues el príncipe no es elegido por él) sino por la dinastía (que a su vez puede articularse, según los gustos, al querer de la divinidad por medio de la unción religiosa como requisito para acceder al trono). Entonces, al no recibir la soberanía plena, su potestad se encuentra limitada y, en este sentido, podría exigírsele alguna responsabilidad en caso de violación del contrato social o de la ley. Incluso, tal mirada limitativa se podría extender a los funcionarios en la medida que estos tampoco son elegidos por el pueblo, no reciben la soberanía en el contrato social y, por ende, están supeditados en el cumplimiento de sus funciones administrativas a la ley, aunque, en verdad, constituyesen el gran poder del naciente Estado.[46] Además, estas limitaciones del poder ejecutivo se mantuvieron una vez la cabeza de este ya era fruto del sufragio, pues bien se tenía en claro el riesgo que implicaba darle la soberanía plena a quien tenía el control de la administración y de

Alfons el Magnànim, 1996, pp. 29-53. Este texto tiene la virtud de explicar no solo el pensamiento de Locke y Montesquieu al respecto, sino también la evolución que la interpretación de estos autores ha tenido hasta la actualidad.

[45] Por ejemplo, Locke (*op. cit.*, nota 42, pp. 151-153) habla fundamentalmente de tres poderes: legislativo, ejecutivo y federativo del Estado. Montesquieu (*op. cit.*, nota 43) se refiere, al momento de analizar el sistema inglés, al legislativo, al ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y al ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. Pero bien podría hablarse de un poder judicial independiente en Montesquieu cuando señala, por ejemplo, que "no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo" (*Ibídem*, p. 225).

[46] Sobre la historia del poder ejecutivo, en especial de la administración, y de su responsabilidad jurídica, véase: Mannori, Luca y Sordi, Bernardo, *Storia del diritto amministrativo*, 2ª ed, Roma-Bari, Laterza, 2003. Martínez, Faustino, *De responsabilitate*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008. Sobre la forma casuística en que se configuró el ejecutivo durante las Cortes de Cádiz (con reflexiones que podrían extenderse a Hispanoamérica), ver: Martínez, Faustino, "Un poder nuevo en el escenario constitucional: notas sobre el ejecutivo gaditano", *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXI, 2011, pp. 257-376.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

las armas de la república. No en balde, el ejecutivo, por su estructura unipersonal y jerárquica de la administración, siempre fue, es y será un gran riesgo para el republicanismo.[47]

Los jueces, por su parte, deben ser reconstruidos en su función y organización para adaptarlos a las nuevas circunstancias modernas.[48] En primer lugar, en el Antiguo Régimen es claro que juzgar es gobernar,[49] lo que supone, pues, un fuerte maridaje entre funciones que hoy día podríamos, con cierta claridad, distinguir. Quien gobernaba juzgaba, y quien juzgaba gobernaba. Así, se hizo necesario predicar la separación entre la rama ejecutiva y la judicial (no hablemos de función legislativa en el Antiguo Régimen, puesto que ya explicamos que la costumbre, y no la ley nueva, era la principal fuente de derecho, por el marcado acento historicista). En segundo lugar, la justicia no era estatal (pues aún no existía Estado en un sentido estricto, moderno), ni toda estaba centralizada en cabeza del príncipe o de la Iglesia, ya que había justicias por estamentos o corporaciones (de artes y oficios, universidades, municipios, etc.). En tercer lugar, la justicia no era necesariamente letrada (esto es, integrada por expertos en derecho positivo); incluso, buena parte de los jueces eran legos (hasta analfabetos había), y para muchos jueces (en especial los que estaban alejados de los centros

[47] Esto ha merecido varios estudios, por ejemplo: Arendt, Hannah, *op. cit.*, nota 19. Weber [1864–1920] estudia estos riesgos bajo el nombre de democracia plebiscitaria ("La democracia plebiscitaria –el tipo más importante de la democracia de jefes– es, según su sentido genuino, una especie de dominación carismática oculta bajo la *forma* de una legitimidad derivada de la voluntad de los dominados y solo por ella perdurable. El jefe (demagogo) domina de hecho en virtud de la devoción y confianza *personal* de su séquito político". Weber, Max, *Economía y sociedad*, trad. de J. Medina et. al., México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 215). Otro autor lo analiza con el concepto de democracia delegativa (O´Donnell, Guillermo "Delegative democracy", *Journal of Democracy*, 5 (1), 1994, pp. 55-69). Para el caso de Colombia: Vázquez Alfredo, *El poder presidencial en Colombia: la crisis permanente del derecho constitucional*, 2ª. ed., Bogotá, Enrique Dobry, 1979. Más recientemente: García, Mauricio y Revelo, Javier Eduardo, "La concentración del poder en Colombia", en García, Mauricio y Revelo, Javier Eduardo, (Codirs.), *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, Dejusticia, 2009, pp. 328-371. Botero, Andrés, "Una presidencia sin ejecutivo y sin Estado: la concentración del poder público colombiano en la contemporaneidad", *Ambiente Jurídico*, núm. 13, 2011, pp. 156-181.

[48] Para la mayor comprensión de este asunto, nada mejor que la lectura de García Pascual, Cristina, *op. cit.*, nota 44, pp. 29-113.

[49] Lo que es conocido como el paradigma del Estado jurisdiccional, que aclara que la principal función del poder del Antiguo Régimen era juzgar. Al respecto, nada más ilustrativo que: Grossi, Paolo, L'ordine..., *op. cit.*, nota 26. Igualmente, Costa, Pietro, *Iurisdictio, semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale*, Milán, Giuffrè, 1969.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

políticos) no era necesario un abultado conocimiento de las normas escritas ni de la doctrina de los especialistas, pues bastaba con saber las costumbres, respaldadas por las representaciones colectivas de la base social, que eran, en fin, una importantísima fuente de derecho.[50]

En consecuencia, el estatalismo (como reacción al historicismo) implica replantear las relaciones de los jueces con el legislativo y el ejecutivo, así como centralizar y burocratizar de una vez por todas (pues ya hubo intentos en esa línea, en especial en el siglo XVIII) la rama.[51] Pero lo que nos interesa, por el momento, es ver que los jueces tampoco reciben la soberanía plena porque no lo contempla así el contrato social, porque no son re-

[50] Sobre la tensión entre la justicia foral-lega con la justicia letrada, propia del derecho común en pleno proceso de expansión durante la baja Edad Media, puede verse: Alonso Romero, María Paz, *Historia del proceso penal ordinario en Castilla: siglos XIII-XVIII,* Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979, pp. 10-19. Montero Aroca, Juan, "La ley de enjuiciamiento civil española de 1855: la consolidación del proceso común", en Giuliani, Alessandro y Picardi Nicola (a cura di), *L'Educazione giuridica. VI – Modelli storici della procedura continentale. Tomo II –Dall'ordo iudiciarius al codice di procedura*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, pp. 349-353. Sobre esta dualidad, que generó no pocos roces, entre justicia letrada y lega en el ámbito hispanoamericano, ver: García-Gallo, Alfonso, *Jueces populares y jueces técnicos en la Historia del Derecho Español,* Madrid, Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1946. García-Gallo, Alfonso, "Alcaldes mayores y corregidores en Indias", en García-Gallo, Alfonso, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 695-741. Pugliese, María Rosa, *De la justicia lega a la justicia letrada,* Buenos Aires, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 2000, pp. 113-154. Uribe, Víctor, "Colonial Lawyers and the Administration of Justice", en Zimmermann Eduardo (ed.), *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, London, University of London, 1999, pp. 30-45. Botero, Andrés, "La tensión entre la justicia lega y la justicia letrada durante la primera mitad del siglo XIX: el caso de Antioquia (Nueva Granada)", *Iushistoria*, Buenos Aires (Argentina), Centro de Estudios e Investigaciones, Universidad del Salvador, núm. 7, 2010, pp. 65-88.

[51] García Pascual, Cristina, *op. cit.*, nota 44, pp. 67-113. Claro está que la juridificación burocrática no fue un proceso exclusivo de la rama judicial, sino que corresponde más bien a la nueva forma en que el jurista logra cimentarse como agente de relevancia social y política por, entre otras cosas: i) su egreso de facultades de derecho a tono con el nuevo modelo liberal; y ii) la adscripción profesional a un campo disciplinario en creciente juridificación –o tecnificación, incluso en el lenguaje usado por estos profesionales–, auspiciando la centralización del poder en el Estado (racionalidad burocrática), dejando atrás aquellas cosmovisiones propias del Antiguo Régimen que consideraban que la autoridad del abogado provenía, por ejemplo, de su vinculación a dinastías o a corporaciones cargadas de tradiciones. Al respecto, ver: Bourdieu, Pierre, "Elementos para una sociología del campo jurídico", en Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, 2000, pp. 153-220. Sobre el concepto de "juridificación" del Derecho, véase: Blichner, Lars Chr y Molander, Anders, "Mapping juridification", en *European Law Review*, Vol. 14, núm. 1, January, 2008, pp. 36-54.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

presentantes del pueblo ni de su voluntad y porque están sometidos en su función –justo por la ausencia de soberanía– a la ley. Por tanto, si los jueces no son soberanos en sentido pleno entonces están sometidos a una autoridad mayor, y sus decisiones pueden ser ratificadas o revocadas dependiendo de su cercanía o lejanía con esa autoridad plenamente soberana. A esto hay que agregar que los jueces en el Antiguo Régimen eran escogidos por el príncipe, la Iglesia o las corporaciones (es decir, por los principales opositores de la Revolución), y por la vaguedad de las fuentes jurídicas tenían una amplísima discrecionalidad, lo que incrementó la desconfianza que estos generaban en los ideólogos del Estado moderno.

De esta manera, solo quedaba el legislativo, primero porque sería el único que tendría la capacidad de guiar al pueblo hacia lo que el pueblo quiere:

> El pueblo, de por sí, quiere siempre el bien; pero no siempre lo ve. La voluntad general es siempre recta; mas el juicio que la guía no siempre es claro. Es preciso hacerle ver los objetos tal como son, y algunas veces tal como deben parecerle; mostrarle el buen camino que busca; librarle de las seducciones de las voluntades particulares; aproximar a sus ojos los lugares y los tiempos; contrarrestar el atractivo de las ventajas presentes y sensibles con el peligro de los males alejados y ocultos. Los particulares ven el bien que rechazan; el público quiere el bien que no ve. Todos necesitan igualmente guías. Es preciso obligar a los unos a conformar sus voluntades a su razón; es preciso enseñar al otro a conocer lo que quiere. Entonces, de las luces públicas resulta la unión del entendimiento y de la voluntad en el cuerpo social; de aquí el exacto concurso de las partes y, en fin, la mayor fuerza del todo. He aquí de donde nace la necesidad de un legislador.[52]

Segundo, porque aparece como el órgano representativo por excelencia, en la medida que recibe la soberanía de forma privilegiada por el contrato social (lo que le permite expresar la recta y justa voluntad general del pueblo), por lo que no está supeditado a la ley, pudiendo discutirla, modificarla o, incluso, remplazarla. Tercero, porque está legitimado mediante sistemas de elección (no necesariamente de sufragio universal) del pueblo (que no es la totalidad de los individuos, sino los considerados como los más "aptos" para comprender y expresar la voluntad general). De esta forma el voto aparece como una manifestación de la voluntad que ratifica la cesión de la soberanía, que da lugar a un contrato de mandato con posibilidad de ser revocado, según los más cercanos a Rousseau, o a una representación (como la de un incapaz) con mayores dificultades de ser revocada, según los

[52] Rousseau, Jean-Jacques, *op. cit.*, nota 33, p. 68 (Libro II, capítulo VI).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

más proclives a Montesquieu, todo lo cual generó un fuerte debate entre quienes consideraban que la revocatoria era una forma de ratificar el poder soberano del pueblo, a la vez que un control al elegido, y los que señalaban que esta impedía la estabilidad política, a la vez que daba poderes excesivos a la masa.

En consecuencia, si el único que recibe la soberanía de forma privilegiada por el contrato-social, de un lado, y por el contrato-mandato o por la representación, del otro, es el legislador, asunto que un ilustrado defendería al considerar esto como *racional*, se explica en todo su sentido la expresión de que la ley es soberana (el individuo cede la soberanía al pueblo, este al Estado, quien, a su vez, la entrega –en lo que respecta a la potestad de crear normas– al legislador, el cual hace la ley; *ergo*, la ley es soberana), racional y sabia (pues al ser soberana no puede ser juzgada, ya es el límite mismo del poder y de la moral; además, al ser fruto de los representantes elegidos, cabe suponer que lo que estos hacen goza de la aquiescencia moral de los electores), y solo puede ser aplicada mas no interpretada por los demás órganos (ya diría Montesquieu, según la mirada tradicional, que "los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma").[53] Nace, pues, la exégesis, como respues-

[53] Montesquieu, *op. cit.*, nota 43, p. 234 (Libro XI, capítulo VI). Según la visión tradicional, con esta cita se pone en evidencia que el juez, una vez sometido a la ley, deja de ser discrecional, por lo que ya no es más un motor estamental a la usanza del Antiguo Régimen, sino un agente sometido al texto legal, esto es, a la voluntad estatal. No obstante, es importante decir que esta cita ha sido interpretada por fuera de contexto, en la medida que el autor francés, con base en ella, está planteando las ventajas de que parte del legislador, en ciertos casos, actúe como tribunal (como sucede en el Reino Unido) para mitigar aquello que los jueces ordinarios no pueden hacer, todo esto dentro del marco de la monarquía inglesa según la visión que de ella da Locke y que sigue muy de cerca Montesquieu. Por demás, la visión (ya mítica, incluso) que del modelo inglés circuló en el constitucionalismo europeo continental e hispanoamericano (finales del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX) se basó, especialmente, en la dada por "El Espíritu de las Leyes", asunto que podría explicar (junto al desconocimiento de las fuentes tal como lo vimos en la visión tradicional) cómo la cita en comento pasó de ser una característica atribuida (con razón o sin ella) al sistema inglés (al supuesto "objetivismo" del juez inglés que generó las críticas de Bentham y Austin que más adelante se verán) a ser una del Estado liberal decimonónico tanto europeo-continental como hispanoamericano (por ejemplo, Varela relata cómo en las Cortes de Cádiz, de la cual surgió la Constitución de 1812, se anhelaba seguir parcialmente el modelo inglés valiéndose de la interpretación que de él hizo Montesquieu: Varela, Joaquín, *Tres ensayos sobre historia constitucional*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008, p. 87; Martínez, Un poder…, *op. cit.*, nota 46, pp. 295-297).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ta política al planteamiento del iusnaturalismo –especialmente racionalista– de un Estado y de una democracia representativa.[54]

Ahora, con Sieyès, en la interpretación tradicional,[55] las cosas no cambian mucho, salvo que el soberano no es el conjunto de los individuos integrados en un pueblo con voluntad general, sino que es la nación, que inicialmente se concebía como la mayoría excluida por la díada Alto Clero-Alta Nobleza –esto es, el tercer estado–, pero que luego se comprendería como un todo, como una entidad mayor que transciende las generaciones, pues recoge no solo el pasado sino el presente y el futuro de Francia, a diferencia de la concepción de pueblo que solo concibe a la generación viva, la presente, como soberana. De esta manera, si la nación es la soberana y por tanto solo en ella se deposita la voluntad general, los representantes que integran el legislativo, si bien son elegidos por el pueblo, no representan a este sino a la nación, por lo que solo la nación podría revocarles el mandato, pero esto, realmente, no es posible (¿cómo haría tal cosa la nación si, según la interpretación tradicional, es más una entelequia socio-política?).

Pero ya sea con Rousseau, padre de la soberanía popular según esta interpretación, o con Sieyès, promotor de la soberanía nacional, el Estado es, en últimas, el que recibe la soberanía y la ejerce para su principal cometi-

[54] También: Garriga, Carlos, "Legislación y códigos", en Lorente, Marta y Vallejo, Jesús (Coords.), *Manual de Historia del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 407-449 (en especial, pp. 407-410).

[55] Una cosa es la interpretación histórica o tradicional que se hace sobre un autor o una escuela, y otra es lo que dice realmente dicho autor o escuela. Quien lea directamente "El Tercer Estado" de Sieyès se preguntará si es correcta la interpretación histórica que hace ver a esta obra, más panfletaria que "El contrato social", como la fuente de la soberanía nacional. Al respecto, ver, por ejemplo: Chevallier, Jean-Jacques, *Las grandes obras políticas: Desde Maquiavelo hasta nuestros días,* Bogotá, Temis, 1997, pp. 163-172. Gaviria, Carlos, "¿Qué es el Tercer Estado? De Sieyès y el constitucionalismo colombiano", Revista Estudios Políticos, Medellín, Universidad de Antioquia, núm. 1, 1992, pp. 29-33. Pero sea cierta o no dicha interpretación, ya ha hecho carrera que Sieyès confronta el modelo soberano de Rousseau, lo que puede verse, claramente, en el -ya clásico- trabajo de Sáchica (Sáchica, Luis Carlos, *Esquema para una teoría del poder constituyente*, 2ª ed, Bogotá, Temis, 1985), aunque este autor considera que la visión tradicional, de talante eurocéntrica, se quedó corta para explicar el poder constituyente hispanoamericano.

Finalmente, consideramos que la visión tradicional también se ha quedado atrás al reducir las teorías de la soberanía a Rousseau y Sieyès. Ha faltado, por ejemplo, la teoría de la soberanía nacional-estatal de Vattel [1714-1767], que fue, según Armitage, uno de los mayores fundamentos para la independencia y la construcción de Estado en los Estados Unidos (Armitage, David, *The declaration of Independence: A global History*, Cambridge, Harvard University Press, 2007).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

do: crear normas generales, impersonales y abstractas para todos los individuos, garantizando así la libertad (pues al aclararse la órbita de lo que puedo y no puedo hacer, se podrá ser libre sin temor a la represalia), la igualdad formal (en tanto las normas son iguales para todos, se eliminan las jerarquías estamentales del Antiguo Régimen: un solo derecho y una sola jurisdicción para todos) y la fraternidad (pues en la medida que todos conozcan las normas se sabrá hasta dónde puedo actuar sin transgredir los derechos del otro, surgiendo la hermandad en pos de la realización de la voluntad general). Y estas normas, siendo esto el *quid* del asunto, se constituyen en la razón que, a su vez, gobierna la voluntad del pueblo o de la nación, representada en el Estado, por lo que este, a pesar de ser soberano, estará siempre limitado en tanto solo puede actuar si el derecho se lo permite. El Estado, si bien es soberano, se encontraría limitado en tanto es de derecho. De esta forma, con una visión restrictiva del derecho –exégesis–, se tendrían varios efectos políticos: i) el Estado, que representa generalmente los intereses de las mayorías (y por tanto, sometido al querer-verdad del mayor número de personas "racionales")[56] pues estas, por su contrato-mandato determinan la composición especialmente del poder legislativo, quedaría controlado a beneficio de los derechos que el mismo Estado entrega mediante normas generales; ii) se prescinde paulatinamente de una justificación iusnaturalista para la protección de los derechos en la medida que es la misma norma positiva la que limita al Estado; iii) se instaura un control de la administración y del propio juez (aunque no del legislador pues este recibe la soberanía)[57] para garantizar por parte de estos –proclives en su momento a la defensa de la aristocracia– su sumisión a la norma soberana fruto de la voluntad general y por ende la realización del ideario político del Estado de derecho como forma de resolver la tensión entre voluntad (del Estado, de las mayorías) con la razón (las libertades fundamentales en particular y el derecho en general), lo que explica, por demás, el apoyo que la exégesis recibió con ocasión de la reforma universitaria

[56] No olvidemos que estamos en momento en que se considera más razonable creer en la "verdad" sostenida por muchos que en la sostenida por pocos. No en balde, el propio Aristóteles señaló que los hombres tienen una tendencia natural a la verdad que alcanzan en muchas ocasiones, por lo que una verdad compartida siempre tendrá un mayor peso retórico y demostrativo que un juicio rechazado por muchos. Cfr. Aristóteles, *La retórica*, trad. de Alberto Bernabé, Madrid, Alianza, 1998, p. 49 (I, 1, 1355a).

[57] Sobre la historia de la responsabilidad y de los controles del Estado y sus ramas, véase: Martínez, *De responsabilitate*, *op. cit.*, nota 46, pp. 9-51.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

napoleónica;[58] y iv) se estructura una dualidad Estado-sociedad, donde el primero, a partir de lo jurídico, desea formar al segundo, en pos de valores como el patriarcado, la familia y la propiedad privada, entre los más importantes.

Como ya podemos intuirlo, estas propuestas, que van más allá de lo jurídico y defendidas, en diferentes intensidades, por personajes tan variados –y varios de ellos declarados iusnaturalistas– como *Pothier* [1699-1772], *Portalis* [1746-1807], *Delvincourt* [1762-1831],[59] Toullier [1752-1835], Rogron [1793-1871], Demolombe [1804–1887], entre otros, se autodebilitaron porque estaban basadas, especialmente, en un modelo de autolimitación del Estado, en tanto que las normas que lo controlaban eran producidas por él mismo. ¿Es viable moral y políticamente un modelo donde el que recibe la soberanía, el máximo poder, se autolimitará para no abusar de él? Además, habría que sumar que en siglo XIX, gracias, entre otros, a los filósofos idealistas alemanes, el concepto de "pueblo" evolucionó de una concepción voluntarista-contractual a una histórico-romántica, superán-dose de alguna manera la supuesta oposición entre estos dos modelos, lo que terminó debilitando todo contrapoder al Estado en la medida que el pueblo ya no era concebido como una parte del contrato social con derechos y obligaciones frutos de su voluntad, sino como una entelequia histórica llena de leyendas y mitos fundadores, moldeable por el poder público, en especial por el Ejecutivo y su Administración.[60] Pero este crecimiento del Estado, a costa de un pueblo-sociedad debilitado, pudo haberse controlado si los legislativos hubiesen asumido esa función mediadora y moderadora de la voluntad de las mayorías y del sistema político, y si hubiesen sido los baluartes de la racionalidad y de la moralidad tal como los ilustrados desearon, cosa que en realidad no sucedió y, tal vez, no

[58] Asunto que se enuncia en: Botero, Andrés, "Un marco de comprensión del avance de la investigación jurídica en Colombia", *Academia*, Argentina, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Año 5, núm. 10, 2007, pp. 35-70.

[59] Considerado, por muchos, como el verdadero fundador de la Escuela, gracias especialmente a lo que expresa en el "Avertissement" sobre la forma en que debía enseñarse el derecho civil (con total apego a la letra de la ley): Delvincourt, Claude Etienne, *Institutes de droit civil français*, Paris, P. Gueffier, 1808. Aunque ya en el desarrollo de su trabajo aligera su afirmación al valorar la actividad del jurista, quien con base en los principios, corrige y completa el derecho.

[60] Gaviria, Carlos, *op. cit.*, nota 55, pp. 31-33; Garriga, Carlos, *op. cit.*, nota 54, pp. 408-418.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

podía suceder. Agréguese que la hipercentralidad de la ley general, en especial de los códigos,[61] lograría un formalismo jurídico que, con el paso del tiempo, generó, entre otros, tres efectos peligrosos: desconocimiento de las circunstancias concretas de cada caso, de cada conflicto; una rápida obsolescencia de las normas positivas que exigía un legislador acucioso en la actualización de las mismas, asunto que no se dio al nivel que se requería; una concentración del poder, gracias al derecho, en el Estado, en general, y en el Ejecutivo, con el paso del tiempo, en particular.[62]

Entonces, ya es posible ir sacando algunas conclusiones, aunque sean parciales y, obviamente, aceptando que partimos, como es normal en los textos docentes, de generalidades, máxime la gran variedad de autores y los diversos momentos en que escribieron: i) La exégesis fue un nombre dado por la doctrina antiformalista francesa, muy *a posteriori*, a un grupo de juristas, fundamentalmente franceses, que durante el siglo XIX se centraron en la interpretación del código civil y defendieron el legicentrismo y el estatalismo, aunque entre ellos existiesen profundas diferencias teóricas y prácticas. ii) Este nombre de exégesis surgió, especialmente, de cierto paralelismo que los antiformalistas quisieron poner en evidencia entre aquella escuela formalista francesa con la exégesis teológico-católica dominante en aquel entonces, esta última contraria a la hermenéutica protestante alemana. Así, la exégesis jurídica entronizaba al Estado y a sus normas de forma similar a como eran entronizados Dios y la Biblia por la interpretación católica. Esta relación, a su vez, pudo evidenciarse con la ritualidad, casi religiosa, que rodeaba la entrada del código en las clases universitarias o con la terminología sacralizada usada por el exégeta que reflejaba su sumisión ante la ley válida. Sin embargo, es exagerado creer que la actividad del exégeta era sólo comentar, puesto como ya lo mencionaremos, el jurista formalista consideró que su papel implicaba, en muchos casos, ir más allá del texto

[61] La ley era entendida, fundamentalmente, en dos vías, como derecho de policía (ley administrativa) y como codificación (ley-código). La exégesis defendió la hipercentralidad de la ley en ambos sentidos, pero las estrategias de consolidación de una y otra variaron. Por tanto, la actitud del exégeta y del liberal decimonónico frente al código civil, por dar un ejemplo, no fue la misma frente a los asuntos de la administración pública. En este último caso, defendían, por decir algo, una mayor rotación, mutación y flexibilización normativa, pues los pormenores de la administración variaban según el espacio y el tiempo. Al respecto, ver: Simon, Thomas, "¿Qué es y para qué sirve la legislación?", trad. de Andrea Macía, *Vniversitas*, Bogotá, Colombia, núm. 119, 2009, pp. 371-394.

[62] Sobre cómo el Ejecutivo cooptó al Legislativo (por ejemplo, gracias a la dificultad de diferenciar claramente la ley del reglamento), véase: Garriga, Carlos, *op. cit.*, nota 54, pp. 413-418. Igualmente: nota 47.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

para armonizar, en un sistema interpretativo reglado, la norma legislada (ver la nota de pie de página 96). iii) La exégesis estaba articulada, inicialmente, a una teoría estatal del derecho, en este caso, al Estado liberal de derecho, más que a una teoría tiránica unipersonal, aunque en el fondo pudo abrir camino a una tiranía de la mayoría si esta se radicalizaba en sus opiniones o terminaba por identificarse con líderes mesiánicos; pero esto último ¿hasta qué punto es responsabilidad directa de la exégesis, en especial, y del positivismo, en general?[63] iv) La exégesis fue hija legítima del iusnaturalismo ilustrado por lo que no es posible, en modo alguno, pretender que haya oposiciones radicales entre una y otro; esto queda claro cuando se observan, en las páginas iniciales de las obras de la mayoría de los exégetas (especialmente de los fundadores), las alusiones constantes al derecho natural, incluso al escolástico, aunque en dichas obras, al momento de plantear sus soluciones jurídicas a una institución en concreto, predomina, progresivamente, el modelo positivista. v) La exégesis, en cuanto discurso, fue legicentrista en el plano jurídico (hipercentralidad de la ley-código dentro del derecho,[64] aunque dicha centralidad no implicó, como la leyenda negra cree, la exclusión de otras fuentes como la doctrinaria),[65] estatalista en lo político (con alguna posible simpatía hacia la democracia representativa),[66] y burguesa en lo socio-económico (al ayudar a romper los moldes político-económicos previos y al colaborar en la cimentación de los nuevos).[67] vi) Sin embargo, una vez cimentado el poder del Estado, si este se convierte en un régimen totalitario (especialmente si este es producto y expresión del querer de las mayorías), la exégesis podría constituirse en una

[63] Incluso, ¿podría pensarse en una propuesta jurídica donde se descarte, de plano, la tragedia que supone el choque entre lo que el derecho ordena con lo que creemos el derecho debería ordenar? Ni siquiera en épocas de iusnaturalismo dicha oposición pudo eliminarse, antes bien, se acrecentaba por la vaguedad de lo que se entendía ordenaba el propio derecho natural. Por ejemplo, ¿no podría fundarse la postura de Creonte, en la tragedia de Antígona, con argumentos de derecho natural?

[64] Simon, Thomas, *op. cit.*, nota 61. Garriga, Carlos, *op. cit.*, nota 54.

[65] Ver: Hespanha, Antonio Manuel, "Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos", trad. Andrés Botero, *Forum*, Universidad Nacional Sede Medellín, núm. 3, 2012; pp. 13-52. Este texto es una traducción de la ponencia presentada por el autor portugués en el "V Congresso Brasileiro de História do Direito: As formas do direito, ordem, razão, decisão", realizado entre 29 agosto y 02 de septiembre de 2011, en Curitiba, Brasil.

[66] Cosa que ya dijo Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 16, pp. 46-49 y 51-55.

[67] Cfr. Marí, Enrique E. "La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexo con el proceso codificatorio de la modernidad", en Marí, Enrique E., *et. al., Materiales para una teoría crítica del derecho,* Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pp. 163-207.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

estrategia de dominación[68] (aunada a las concepciones metafísicas y absolutistas que sustentan el discurso totalitario), lo que explicaría, en alguna medida, la mirada negativa que en la actualidad se sigue dando en torno a esta escuela y, peor aún, la continua y muy equivocada concepción que suele atribuir los peligros de la exégesis a todo positivismo. vii) La exégesis, en tanto legicentrista y estatalista, conllevó, igualmente, una visión de lo que debería ser el discurso académico-universitario del derecho (pero este ideal no se logró plenamente, puesto que en las facultades de jurisprudencia existieron, a la par del exégeta, profesores que criticaron el modelo, especialmente en la segunda mitad del siglo XIX): la reproducción (no necesariamente pasiva) de la norma en tanto que el profesor de Derecho debe, con su inteligencia, desentrañar el sentido sabio y racional de la norma soberana para permitir su adecuada aplicación sin menoscabar su letra, su literalidad, lo que, por demás, supone que en la exégesis, el jurista –como doctrinario y como juez letrado– siempre se concibió, en la práctica, a pesar de las diferentes normas decimonónicas que prohibían o limitaban la interpretación, como intérprete autorizado de la voluntad de la ley, que remplazó a la voluntad general. viii) La exégesis dio un impulso crucial para la juridificación del derecho, esto es, que el derecho pasó a ser propiedad de un discurso-saber-experto: el de los abogados, de manera tal que este ya no es un atributo de las cosas, de las necesidades del hombre, ni de las comunidades, sino que es un discurso progresivamente técnico elaborado por juristas para interpretación de los mismos; se logró así la instauración definitiva del abogado como intermediario necesario entre la ley y la sociedad (lo que implicó, por demás, una pérdida progresiva del valor simbólico tanto del juez-lego como de los jurados-ciudadanos, en tanto se les consideraba poco idóneos para comprender y, por ende, aplicar el derecho positivo).

Por último, es importante señalar, aunque no podamos dedicarle mayor tiempo, que una cosa fue la exégesis como teoría o ideal regulativo, otra diferente fue el discurso elaborado tradicionalmente sobre la exégesis (donde encontramos la leyenda negra que de dicha escuela se ha elaborado) y otra bien distinta la forma como circuló efectivamente dicho discurso en diversos entornos jurídico-políticos prácticos. Nos referimos, pues, a la distancia que hay entre el discurso de un autor o de una escuela con la forma

[68] Los que nos remite a los estudios sobre cómo el derecho (en especial el penal) se convierte, en la modernidad, en un sistema de dominación (es decir, como panóptico sociopolítico). Entre ellos: Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (1975), trad. de Aurelio Garzón, México, Siglo Veintiuno Editores, 1976.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

como dicho discurso circula y afecta la realidad del derecho (verbigracia, los procesos judiciales, la enseñanza del Derecho o la forma como se crean las normas por parte del Estado). Pues bien, como todos sabemos, generalmente la pureza del discurso disminuye ante la necesidad de adaptarlo a las circunstancias del momento. En este sentido, y refiriéndonos a la exégesis, se tendrían que hacer, incluso en la propia Francia, varios matices sobre cómo se concibieron a sí mismos los exégetas o la real influencia que dicha escuela ejerció en la academia, en el Estado y en los jueces, lo que daría por resultado denunciar muchas exageraciones (aunque puedan tener algo de realidad) que encontramos en la leyenda negra, la cual fue creada fundamentalmente con ocasión de la crisis de la (credibilidad de la) ley, como principal fuente de derecho, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX.[69] ¿Y por qué esta leyenda negra que dista de lo que realmente dijo la exégesis? Porque la historia que se hace no está exenta de las ideologías políticas, tanto de la época sobre la que se escribe como de la época de quien escribe, lo que obliga a un buen historiador de la filosofía del derecho a estar atento a todo lo que hace para reducir así las posibilidades de trasladar al pasado prejuicios propios o ajenos.[70]

Además, no puede creerse que la exégesis fue un movimiento exclusivamente francés, pero sí habría que reconocer que su recepción en otros contextos implicó una transformación del ideal regulativo. Fue el caso de América Latina que al recibir la exégesis, justo en momentos de codificación (Bello [1781-1865] en Chile, Freitas [1816-1883] en Brasil y Vélez Sársfield [1800-1875] en Argentina), esta tuvo que hacerle concesiones (sin juzgar aquí si fueron debidas o no) a las tradiciones jurídicas previas a la Independencia, a la escolástica y a las escuelas alemanas antiexégetas, algo que ha sido conocido como *formalismo jurídico latinoamericano*.[71] De esta manera, la exégesis circuló mundialmente, pero siempre con matices que no pueden perderse de vista.

[69] Al respecto, véase: Hespanha, Antonio, *op. cit.*, nota 65.

[70] Obligación en la que insiste el maestro florentino al momento de analizar el uso anacrónico que, desde la academia, se le ha dado al término Estado: Grossi, Paolo, *Derecho, Sociedad, Estado: una recuperación para el derecho,* trad. de Ramón Narváez, México, Escuela Libre de Derecho, Colegio de Michoacán y Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2004, pp. 15-33.

[71] Asunto que analiza muy bien López, Diego, *La teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2004, pp. 129-233. López, Diego, *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 2008, pp. 1-42.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

IV. LAS ESCUELAS DE JURISPRUDENCIA ALEMANAS Y LA REACCIÓN ANTI-FORMALISTA FRANCESA

La exégesis no solo decayó por problemas históricos y sociales ya vistos, sino también por la presión ejercida por la reacción alemana. Resulta que durante el siglo XIX alemán surgieron varias escuelas, entrelazadas entre sí por las redes de profesor-discípulo, de colegas, que surgieron con ocasión del modelo universitario adoptado en dicho país.[72] En primer lugar, como reacción al modelo profesionalizante en términos generales y exegético en concreto para las facultades de jurisprudencia, modelo planteado en la universidad napoleónica,[73] se sugirió en tierras germanas la imperiosa necesidad de una universidad científica, esto es, para lo que nos atañe (las facultades de derecho), un modelo universitario donde derecho antes que norma positiva era el discurso de los profesores encaminados especialmente a la construcción de un código civil según el *espíritu del pueblo alemán* o *Volksgeist*.[74] Esto suponía, pues, que mientras en Francia las facultades de jurisprudencia giraban en torno a los códigos previamente creados por el sistema político (primero la ley y luego el discurso académico), en Alemania se consideró que los códigos no debían ser previos sino posteriores a la actividad académica (primero el discurso académico de los profesores y luego la ley codificada), de forma tal que, el discurso jurídico-científico autónomo, que tiene más que nada su cuna en las facultades de derecho decimonónicas germanas[75], tendría fines políticos claros: la creación de una unidad

[72] Algunas explicaciones sobre cómo el discurso científico del derecho no puede ser entendido por fuera de los modelos universitarios decimonónicos, en Botero, Andrés, *op. cit.*, nota 58.

[73] Sobre los modelos universitarios, Borrero, Alfonso, *La universidad desde 1800 hasta 1945. Los modelos universitarios. Simposio Permanente sobre la Universidad: XIX Seminario General Nacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

[74] Este concepto ya existía en el medio culto alemán, pero que Savigny [1779-1861] llevó con gran impacto al mundo jurídico, considerando que el derecho debe obedecer a una historia que liga a las generaciones transmitiendo una conciencia común del pueblo alemán que debe determinar cualquier intento codificatorio. Al respecto, Savigny, Friedrich Karl von, *Sistema del Derecho romano actual (1839)*, trad. del alemán por Ch. Guenoux y vertido al español por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Granada, Comares, 2005.

[75] Bueno, con fuertes reinterpretaciones de la tradición humanista-romanista. Sugerimos para entender el sustrato interpretativo de la naciente ciencia del derecho alemana, la lectura de: Tuori, Kaius, *Ancient roman lawyers and modern legal ideals: Studies on the impact of contemporary concerns in the interpretation of ancient Roman legal history*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2007. Igualmente, sobre la re-construcción del derecho romano que se hizo en el siglo XIX, ver: Morales de Setién Ravina, Carlos, "La invención del derecho privado moderno", en

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

jurídica en pos de una construcción nacionalista-germana emulando para ello el molde de los "grandes sistemas" propio de los filósofos modernos (como Kant [1724-1804] o Hegel [1770-1831], entre otros). En segundo lugar, esto llevó a que la universidad alemana, que puede ser comprendida si se le ve como fruto de la tensión con el modelo francés, incentivara la ciencia del derecho, pero, al momento de interpretar qué era ciencia jurídica las diferentes escuelas variaban de criterios. En tercer lugar, estas escuelas surgieron, por su propia especificidad, como un modelo anti-exégeta, reivindicando una nueva manera de comprender el derecho romano (*mos germanicus*), pero esto no impidió que en ciertos contextos, como el latinoamericano, influyeran en los procesos codificatorios. Piénsese, por ejemplo, en la fuerte influencia de Savigny [1779-1861] así como de Ihering [1818-1892], por mencionar dos casos, en Bello,[76] Freitas[77] y Vélez,[78] que produjo así esa mixtura de la que ya hablamos, conocida por muchos como *formalismo jurídico latinoamericano*, fruto del eclecticismo cultural que lleva a que ingredientes viejos se mezclen con nuevos generando una gran variedad de

Monateri, P.G y Geoffrey, Samuel, *La invención del derecho privado (Estudio preliminar de Carlos Morales de Setién Ravina)*, Bogotá, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre editores, 2006, pp. 15-93.

Sobre la concepción de ciencia del derecho en Savigny, que articula al modelo universitario alemán, véase su obra -justo en momentos en que era actor fundamental en la consolidación de la naciente Universidad de Berlín-: Savigny, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica (1815)*, trad. de J,J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1979. Igualmente: Vilches Fuentes, Hugo, "Notas biográficas y obra de Friedrich Karl von Savigny. Una mirada al fundador de la escuela histórica del derecho", *Corpus Iuris Regionis*, Iquique, Chile, 11, 2011, pp. 257-288.

[76] El eclecticismo en las fuentes usadas por Andrés Bello para su código civil chileno de 1855 (que logró una gran trascendencia en Suramérica) está analizado y documentado en: Guzmán Brito, Alejandro, *Andrés Bello codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile. Tomo I*, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982, pp. 254-263 y 413-431.

[77] Muy claro en este sentido Rabinovich-Berkman, Ricardo, *Un viaje por la historia del derecho*, Buenos Aires, Quorum, 2002, pp. 284-286.

[78] *Ibídem*, pp. 286-289. Incluso este autor analiza los tres grandes movimientos codificatorios suramericanos en el siglo XIX, unidos por sus fuentes (entre ellas las obras de Savigny), para concluir que hay más elementos que los une si se compara con los que los separan, dando lugar así a un sistema jurídico más o menos común en este subcontinente a finales del XIX y principios del XX. Rabinovich-Berkman, Ricardo, *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 209-216. Sobre el proceso de codificación en Argentina, y su relación con el resto de América, ver: Tau, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870): Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Librería Histórica, 2008, especialmente pp. 275-283 y 357-368.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sabores, algunos buenos y otros no tanto. En cuarto lugar, es difícil considerar a estas escuelas como positivistas en su sentido más estricto, puesto que en ellas abundan alusiones a un derecho natural o a la justicia, así como construcciones de gran valor político que le hacen decir a Kelsen que estas posturas, por su marcado nacionalismo y por sus ideas políticas de lo que debe ser el derecho, no son propias de un positivismo puro[79]. Sin embargo, no pueden pasarse por alto, en tanto que constituyen la base del discurso científico-jurídico moderno, lo cual tuvo una clara repercusión, como era de esperarse, en el positivismo metodológico. Claro está que, a pesar de estos aspectos, es común encontrar igualmente referencias de esos mismos autores frente a una teoría positivista alemana y, ya ha hecho carrera en el plano académico, considerarlos como movimientos positivistas (por su particular defensa de un modelo científico-jurídico) pero antiformalistas. Igualmente, siguen siendo posturas profundamente asociadas a una teoría del Estado, en tanto este es la concreción del espíritu del pueblo alemán, es decir, una realización (incluso idealista en el pensamiento ilustrado germano, con Hegel como su máximo representante)[80] de una nación que se consideraba con el derecho incluso de ser la pedagoga del mundo.

Ahora bien, estas escuelas las podemos resumir de la siguiente manera.[81] La primera de ellas fue la escuela histórica, movimiento romántico, antiliberal y positivista-científico, cuyo máximo exponente fue justo uno de los iniciadores del *mos germanicus* y de la pandectística, Savigny, quien consideraba que el derecho de cada Estado-nación debía responder a su propio espíritu (de ahí su romanticismo), de manera tal que el Código Civil napoleónico de 1804, fruto del odiado ideario revolucionario (donde ubicamos su antiliberalismo), no podría ser recibido en Alemania en tanto que no respondía al espíritu del pueblo alemán. En consecuencia, para poder con-

[79] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 15 (I, 1).

[80] Para entender cómo el "espíritu" (según la interpretación hegeliana que no dejó de tener efectos en la visión de "espíritu del pueblo" de la Escuela Histórica) se desenvuelve dentro del "Estado", ver: Hegel, Guillermo Federico, *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho. Introducción de Carlos Marx (1844)*, 2ª. ed., trad. de Angélica Mendoza, Buenos Aires, Claridad, 1939. Esta versión es la que más ha circulado en los ámbitos académicos latinoamericanos (su primera edición data de 1937). Sin embargo, no es traducción directa del alemán.

[81] Una exposición para efectos estrictamente pedagógicos, puede encontrarse en: Blanco González, Antonio, "El positivismo jurídico. Las doctrinas anti-formalistas", en Blanco González, Antonio, et. al., *Filosofía del derecho. Las concepciones jurídicas a través de la historia*, 2a. ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, pp. 195-205. Igualmente, Restrepo, John Fernando, "Escuelas jurídicas del siglo XIX", en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 161-186.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tar con un código civil sería necesario, antes que nada, descubrir en la historia el espíritu del pueblo germano, todo con el fin de poder plantearle normas jurídicas positivas que le sean adecuadas. Una forma de acceder a este espíritu sería por medio del saber erudito y autorizado de los profesores (esto es, mediante el positivismo científico), quienes debían indagar en la historia, en especial, por medio del profundo conocimiento de los dos baluartes sobre los que el alemán creía que se fundamentaba su papel preponderante en la política europea: a) una supuesta pureza étnica (estamos en épocas de teorías de la raza aplicadas a todo tipo de discursos y de construcción de una identidad nacional a partir de la mitología germana) que daba energías sin límite para cualquier empresa, y b) una particular asimilación de la cultura –jurídica– latina y de la cultura –filosófica– griega.[82] Por tanto, el naciente discurso científico del derecho debía conocer la historia de la cultura jurídica alemana (lo que obliga a remontarse de nuevo al derecho romano, a retornar a las fuentes que habían sido silenciadas o, peor aún, interpretadas por fuera del nuevo canon, por parte del *mos italicus* y del *mos gallicus*), para poder, en un futuro de acumulación de conocimientos, proponer corpus normativos acordes con dicho espíritu y con la plena logicidad que debe gozar el sistema jurídico (no olvidemos que Savigny es, también, un defensor del derecho entendido como un sistema lógico y armónico; estamos en épocas donde los pensadores buscaban exponer sus ideas como grandes sistemas omnicomprensivos). De esta forma, Savigny jugó un rol fundamental no solo en la reinterpretación del derecho romano como sistema-base del discurso científico y del futuro derecho privado, sino que, además, sus conceptos jurídicos atravesaron el Atlántico, como ya lo dijimos al momento de hablar de los procesos codificatorios suramericanos, llegando a ser considerados como dogmas imprescindibles para una ade-

[82] Contamos con un buen trabajo de Vano donde se explica, por ejemplo, cómo operaba, bajo la férrea dirección de Savigny, la escuela histórica justo en su labor de "reconstruir" (o, incluso, de "construir") las fuentes jurídico-romanas para permitir hacer sobre ellas ciencia del derecho. Resalta la autora, entre otras cosas, la forma articulada en la que trabajaba esta red de agentes-profesores en su tarea (re)constructiva, sabiendo ellos que se trataba de un proyecto de largo aliento, y el afán editorial de dicha Escuela. Vano, Cristina, "Las Novelas y la escuela. Vida de textos y biografía (colectiva) de la *Historische Rechtsschule*", en Conde, Esteban (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid, Carlos III de Madrid, 2012, pp. 243-261 (disponible en Internet: http://hdl.handle.net/10016/13565, consultado el 02-03-2012). Otros datos en: Vilches, Hugo, *op. cit.*, nota 75. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho,* trad., Marcelino Rodríguez, 2ª ed. española de la 4ª ed. alemana, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 31-38.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cuada hermenéutica del derecho civil. Igualmente, encontramos en esta escuela a juristas tales como Zachariae *von Lingenthal* [1769-1843], quien tuvo gran interés por el Código Civil francés, Biener [1787-1861] y Wenck [1796-1828], entre otros.

Claro está que la propuesta de Savigny encontró serias oposiciones, la más relevante de las cuales fue la planteada por Thibaut [1772-1840]. Este último sostuvo, esencialmente, el progresismo democrático-representativo contra la visión romántico-conservadora alemana defendida por el padre de la escuela histórica. Thibaut criticó con fuerza a la tradición romanista-iusnaturalista en especial porque la creía poco interesante para los litigantes e improductiva para el derecho que se requería en el siglo XIX. De esta manera, propuso, de un lado, la existencia de un código civil que tomase lo que le sirviere de códigos previos, como el francés, pero sugirió, al mismo tiempo, que dicho código incluyese en su texto tanto las normas sustantivas como las procesales; esta codificación, pensaba, ayudaría a la unificación, tanto jurídica como política, de Alemania. Del otro lado, planteó la supremacía del legislador al momento de establecerse qué es derecho y, en especial, al momento de promulgarse un código. Savigny, en cambio, como ya lo dijimos, desconfiaba del código francés y, especialmente, de su metodología política de creación, por lo que sostuvo la primacía del profesor-científico sobre el legislador mismo, pues era aquel el que debía desentrañar el espíritu del pueblo que determinaría lo justo de la cultura alemana y, por ende, lo que debía establecerse en dicho contexto como derecho o como código.[83]

A la escuela histórica le siguió la jurisprudencia de conceptos. En primer lugar, en el mundo jurídico hispanoamericano se presenta una polivalencia del término "jurisprudencia" que hace llegar a conclusiones erradas para quien no es consciente de dicho aspecto. El concepto antiguo de jurisprudencia (*prudentia iuris*), fruto de una interpretación casi mítica del *ius respondendi* del que gozaban los jurisconsultos romanos,[84] se reconfiguró en pleno siglo XIX como el derecho a una disciplina científico-jurídica autónoma, de manera tal con el nombre de "jurisprudencia" se designó al naciente discurso científico-universitario del derecho. Así, jurisprudencia de conceptos, también conocida en el plano de la historia de las escuelas jurídicas

[83] Igualmente, debatieron en torno a otros temas, como el concepto mismo de ciencia del derecho. En fin, no puede dejarse de consultar: Thibaut, Anton Friedrich y Savigny, Friedrich Karl von, *La codificación: una controversia programática basada en sus obras*, trad. de José Díaz, Madrid, Aguilar, 1970.

[84] Tuori, Kaius, *op. cit.*, nota 75, pp. 181-194.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

como dogmática, sería el discurso científico que consideraba que la principal labor del académico era la formulación (o mejor: el descubrimiento) de los conceptos, de los dogmas básicos sobre los que se cimentaría, en un futuro, el derecho alemán y se diferenciaría esta ciencia de otras similares, lo que explica su aplicación del método lógico-deductivo, aunado al modelo hermenéutico que fue tomado por los juristas al ver los avances de éste en facultades y disciplinas afines (filosofía, teología e historia).[85]

Dicho con otras palabras, el derecho fue concebido por esta escuela como una unidad lógico-formal y plena (no hay un caso que no pueda ser decidido desde lo jurídico), que va desde lo general hasta lo particular, de manera tal que los conceptos abstractos y generalismos, presentes en la historia y descubiertos por el científico, permiten subsumir y resolver los casos concretos. El derecho se presenta pues como un organismo o maquina lógica, de manera tal que sólo puede ser estudiado desde parámetros igualmente lógicos, de un lado, y que esta misma esencia ordenada (de lo general a lo especial) da lugar, por medio de la deducción, a presuponer las nuevas normas que se entienden propias del organismo, del otro.

Reiteramos que esta postura no choca, para la mayoría de sus autores, con el concepto de historia tan querido por la Escuela Histórica: el pasado garantiza la sabiduría del derecho, en la medida que la historia es, también, desentrañable por la razón formal. Entre sus mayores representantes tenemos a Puchta [1798-1846], Windscheid [1817-1892] y a Ihering [1818-

[85] Sintetizando, ante la exigencia de ser científico propia del discurso académico-universitario alemán del XIX, las facultades de filosofía-historia (especialmente con Droysen [1808-1884] y Dilthey [1833-1911], entre otros), teología (con Schleiemacher [1768-1834], por mencionar un nombre) y derecho (en alguna medida con Savigny pero ya más claro con sus discípulos), plantearon como salida metodológica la hermenéutica, lo que les permitiría adquirir el estatuto de ciencia sin necesidad de equipararse con las ciencias naturales que partían de metodologías más experimentales. Sobre la historia de la hermenéutica en el campo científico alemán del siglo XIX, nada mejor que: Wright, Georg Henrik von, *Explicación y Comprensión (1971)*, Madrid, Alianza Universidad, 1997. En el campo filosófico: Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método, I (1975)*, 7ª. ed., trad. de Ana Agud y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1997, pp. 225-330. En el campo jurídico, aún faltan mayores estudios sobre la forma en que se apropió la jurisprudencia (entendida como discurso científico-jurídico) de la hermenéutica, pero, por el momento, puede rastrearse algo al respecto en: Londoño García, Carlos Andrés, "La hermenéutica gadameriana en el ámbito interpretativo jurídico", *Ambiente Jurídico*, Universidad de Manizales, Num. 11, 2009, pp. 147-175; Botero, Andrés, "El modelo investigativo en la hermenéutica gadameriana", *Uni-pluri/versidad*, Vol. 1, núm. 3 (2001), pp. 65 – 77; Botero, Andrés, *op. cit.*, nota 58; Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 67, pp. 163-173.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

1892], aunque este último, ya maduró, se enfrentaría a esta escuela. No obstante, ya para finalizar con este movimiento, por su énfasis en la formación abstracta de conceptos y por la entronización de la lógica deductiva sobre otros métodos, la jurisprudencia de conceptos fue considerada como formalista (mas no como lo era la exégesis francesa) en tanto hizo del derecho un ejercicio esquemático, metódico y sistemático, pero justo por ello.[86] De esta manera, bien puede decirse que la jurisprudencia de conceptos es antiformalista pues enfrenta a la exégesis, pero se constituye a sí misma como el representante más fuerte del formalismo positivista alemán.

Fue en este contexto donde ubicamos, justamente, el debate que Kirchmann [1802-1884] planteó en 1847 contra la jurisprudencia al considerar que la dogmática jurídica no cumplía con las características que debe tener cualquier discurso para ser ciencia,[87] esto es, la formulación de leyes universales, el estudio sobre objetos inamovibles y el uso del método experimental.[88] Pero, en el fondo, está la crítica de este jurista alemán a la poca practicidad y pertinencia social de un discurso abstracto, progresivamente tecnicista, más enfocado en la revisión de bibliotecas y en la erudición que en las indagaciones de los intereses sociales. Claro está que aquel famoso debate planteado por Kirchmann no solo fue contra el discurso cientificista (y dogmático) al interior del derecho, sino también contra la existencia de la profesión misma, asunto que catalogaba como característica de una "sociedad bárbara". Civilización y progreso estarían asociados a la prohibición de la profesión (y de los científicos) del derecho, pues se permitiría así que el ciudadano y el pueblo accedieran directamente a la ley, en un sentido amplio, para la defensa de sus propios derechos. Es por esto que hoy día, los mayores críticos del derecho como saber-experto se fundan, consciente o inconscientemente, en Kirchmann,[89] quien, a su vez, podría ser visto como

[86] Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho,* trad. Marcelino Rodríguez, 2ª ed. española de la 4ª ed. alemana, Barcelona, Ariel, 1980. p. 44.

[87] Debate muy citado aunque pocas veces bien leído, tal como lo afirma: Ross, Alf, *Teoría de las fuentes del derecho* (1929), trad. de José Muñoz, Aurelio de Prada y Pablo López, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 266-267.

[88] Argumentos poco convincentes, puesto que si se tomara como cierto lo dicho por Kirchmann ninguna ciencia (ni siquiera la física) podría tener tal estatuto. Igualmente, es un acto de ingenuidad creer que el sentimiento del pueblo basta para distinguir lo que es bueno de lo que es malo tanto en la moral como en lo jurídico. Al respecto: *Ibídem*, pp. 267-278. Calsamiglia, Alberto, *Introducción a la ciencia jurídica,* 3ª. ed., Barcelona, Ariel, 1990, pp. 45-72.

[89] Una de las más relevantes y famosas críticas al derecho y a la profesión de los abogados, que en mucho se asemeja a la expresada por Kirchmann en 1847, está en: Bourdieu, Pierre, *op. cit.*, nota 51.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

un buen antecesor del funcionalismo sociológico (escuela que comentaremos luego).

Más adelante encontramos la jurisprudencia de intereses, como un movimiento que reacciona contra el formalismo academicista y rechaza la falta de practicidad de la jurisprudencia de conceptos. Esta escuela propone una reconceptualización de lo que debe ser la dogmática;[90] para ello aprovecha la fortaleza que acumulaban en aquel momento las ciencias del espíritu y encauza, de tal manera, varios reclamos sociales de reformas jurídico-políticas que atiendan las necesidades comunes. De esta forma, plantea que el discurso científico del derecho ya no debe estar anclado en la lógica deductiva, a su vez afincada en un amplio conocimiento del derecho romano (herencia, sin duda alguna, de la escuela histórica), sino en la identificación actual e histórica de las necesidades (intereses) sociales y, particularmente, económicas para propender así a la protección de las aspiraciones y los valores sociales que deben expresarse, con la ayuda del jurista, en la interpretación del derecho. Justo por ello consideraron que la actividad interpretativa es eminentemente creativa. Se trata, pues, de una formulación académica que llevaba al campo jurídico muchos de los planteamientos –muy en boga en dichos momentos– de la nueva ciencia empírica –la sociología–, por lo cual, en cierta medida, la jurisprudencia de intereses es ya una especie de sociología jurídica, todo lo cual explica su rechazo al abstraccionismo de la dogmática y al deduccionismo que suponían el derecho romano y los conceptos abstractos aplicados al Estado-nación alemán. Esta escuela, por sus principios fundadores, tendrá una notable repercusión en la propuesta de entramados normativos que respondiesen a intereses sociales concretos como los servicios públicos y el derecho social (forma en la que se estaba gestando el derecho laboral).[91]

[90] Idea presente en: Ihering, Rudolf von, *La dogmática jurídica*, trad. de Enrique Príncipe y Satorres, Losada, Buenos Aires, 1946. Este texto fue escrito en alemán en 1883.

[91] La historia del derecho laboral parte, de un lado, de la lucha de ciertos juristas para lograr la autonomía de su disciplina jurídica frente al dogmatismo del saber tradicional y frente a los códigos decimonónicos y, del otro, de su resistencia ante el Estado liberal (que hoy día, en pleno siglo XXI, vuelve a aparecer con fuerza), todo con el fin de dar respuestas a necesidades sociales. Esto los hizo ver, en un inicio, como anti-positivistas, si por positivismo entendemos dogmatismo o códigos liberales; pero una vez la ley (social) acogió sus pretensiones de reforma jurídica, pasaron a encuadrarse como defensores de la legalidad y se gestó, incluso, una dogmática laboral. En cierto sentido, esos proto-laboralistas fueron los precursores del siglo XX (el del Estado social y el del contrato de trabajo reglado, que hoy día se encuentran amenazados por el resurgir del liberalismo económico). Cfr. Cazzetta,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Entre sus principales exponentes encontramos a Phillip Heck [1858-1943], Max von Rumelin [1861-1931] y, con primacía, al segundo Ihering. Sobre este último, mucho se ha escrito que su obra de ruptura con el dogmatismo,[92] escuela en la que militó en sus primeras décadas de labor docente, se debió a la obra *La lucha por el derecho* (1872);[93] sin embargo, podríamos dejar mucho más en claro esta ruptura analizando un pequeño cuento de dicho autor alemán denominado *En el cielo de los conceptos jurídicos*[94] presente en su obra *Jurisprudencia en broma y en serio* (1884), en la que se expone, graciosamente, cómo sería el cielo para los dogmático-romanistas, con juegos de palabras absurdos para las demás almas no privilegiadas y que, en el fondo, plantea lo abstracto (aquí sirve de mucho la metáfora del cielo) del dicho de los dogmáticos, y lo muy complejo y sofisticado, pero poco útil, de sus ejercicios académicos.

Y siguiendo esta línea constructiva, pues una escuela supone metodológica y sustancialmente lo dicho por la precedente –aunque sea para negarla–, sigue la jurisprudencia del derecho libre, liderada, entre otros, por Bülow [1837-1907], Ehrlich [1862-1922] y Kantorowicz [1877-1940]. Esta escuela, haciendo una síntesis, planteará un profundo desencanto contra el formalismo (estamos en épocas de la "crisis del derecho" de la que hablamos antes) que había tomado el derecho positivo planteando como solución al mismo una apertura de los textos normativos con expresiones ambiguas que le dieran mayor maniobrabilidad al juez (como buena fe, causa justa, fuerza mayor, abuso del derecho, buen padre de familia, etc.), a la vez que propiciar el relativismo jurídico custodiado por los profesores de jurisprudencia, esperando de esta manera que el derecho positivo se acercara a la realidad por medio de jueces más libres en la aplicación del derecho y de académicos pendientes de las expectativas sociales.

Giovanni, *Estado, juristas y trabajo: itinerarios del derecho del trabajo en el siglo XX*, trad. de Clara Álvarez, Marcial Pons, Madrid, 2010.

[92] Por ejemplo (que resaltamos por su valor): Larenz, Karl, *op. cit.*, nota 86, pp. 45-48.

[93] Contamos con una versión en español desde 1881, recientemente reeditada: Ihering, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada, México, Porrúa, 2006. Este texto plantea, entre otras cosas, la necesidad de que la justicia presida cualquier interpretación del derecho, y que este prime sobre la violencia como forma de asumir el conflicto social.

[94] Nos valemos de la siguiente edición: Ihering, Rudolf von, "En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía", en Ibáñez, Gustavo (compilador), *La picaresca jurídica universal*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 1993, pp. 63-119.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Paralelo a esta escuela aparece un autor, con gran impacto en Estados Unidos e Hispanoamérica: François Gény [1871-1938].[95] Gény, padre de la "libre investigación científica", inspirado entre otros por la jurisprudencia del derecho libre, se enfrenta a los rezagos del formalismo exégeta en su país natal, Francia, considerando que la manera de enfrentarse a la excesiva formalización y a la consecuente desactualización de los textos normativos que quedaron petrificados en el tiempo (como el Código Civil) era por medio de una revolución en las fuentes jurídicas y en el método de aprehensión de las mismas, en especial revitalizando los principios jurídicos extraídos de la naturaleza de las cosas, que debe sobreponerse a la ley que deja de ser fuente última para ser fuente accesoria en el cumplimiento de los fines de este iusnaturalismo principialístico, y el legislador (que no actualizó la ley o al hacerlo no lo hizo conforme a la técnica enconada de los juristas)[96] va perdiendo así terreno frente a un juez más

[95] Sobre su recepción transatlántica, ver: Petit, Carlos, "'A contributor to the method of investigation'. Sobre la fortuna de Gény en América", *Quaderni fiorentini*, núm. 20, 1991, pp. 201-269. Bernuz Beneitez, María José, *François Gény y el derecho: la lucha contra el método exegético*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

[96] Incluso, muchos juristas exégetas desconfiaban de la capacidad de los legisladores para expedir derecho, produciéndose una tensión entre la idea de la democracia representativa que descansaba en un Parlamento elegido y el saber experto de los juristas quienes, en últimas, terminaron por redactar los textos jurídicos más encumbrados del positivismo decimonónico: los códigos, a su vez interpretados por juristas (doctrinantes y jueces). Es, pues, una paradoja que los textos exégetas fuesen hechos por juristas aunque, en su idea básica, eran adjudicados al legislador que representa al soberano-pueblo en su mayoría lego. De esta manera, el jurista se consideró el único autorizado para exteriorizar la "voluntad del Legislador" de manera tal que ya no es sacerdote de la justicia, sino de la ley, que viene a ser justa, además. Ver: Hespanha, António Manuel, *op. cit.*, nota 34, pp. 376-383 (especialmente pp. 379-380). Igualmente, Ross, Alf, *op. cit.*, nota 87, pp. 95-99.

Pero no todos reaccionaron igual ante el reconocimiento de la inoperancia del legislador (que en la práctica fue más un órgano político que jurídico) ante la obsolescencia creciente de la ley y los códigos decimonónicos. Algunos plantearon, desde el positivismo, la apertura de una nueva disciplina encargada de auspiciar al legislador en su tarea de creación y actualización de la ley y, por tanto, del derecho. Nos referimos a la Técnica Legislativa que ha tenido en Argentina algún desarrollo relevante. Por ejemplo: Clavell Borras, Javier, *Introducción a la técnica legislativa*, Buenos Aires, Fundación Banco de Boston, 1984. En esta línea está un trabajo de nuestra autoría que plantea soluciones muy concretas sobre cómo posibilitar la creación y actualización del derecho por parte del Estado, pero ya no por medio del legislador sino por comisiones de expertos con participación indirecta del Parlamento: Botero, Andrés, "La antigua ilustración: lo que está de más y lo que no fue (propuestas neoilustradas para el sistema jurídico)", en Suñé Llinás, Emilio (coord.), *Filosofía jurídica y política de la Nueva Ilustración*, México, Porrúa, 2009, pp. 3-33.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

libre ante la ley en tanto intérprete y aplicador de principios propios de lo dado.[97] Es en este particular sentido que puede considerarse a Gény como un antiformalista.

Pero en este escenario Gény no fue el único que reaccionó contra la exégesis en su propio país natal; otro caso memorable es la propuesta de Duguit [1859-1928] y de Lambert [1866-1947]. Este último propuso, siguiendo un texto de Brocher de la Fléchère de 1877,[98] la importancia y, por ende, la necesidad de revitalizar las costumbres –avaladas o creadas por los jueces– como forma de superar el anquilosamiento y el formalismo propios del legicentrismo;[99] pero, con el paso del tiempo, consideró que la mejor salida de la crisis del legalismo sería el derecho comparado,[100] disciplina que supo cultivar muy bien y a su gusto en Lyon.[101] No obstante, estas posturas recibieron fuertes críticas en su momento, a pesar de que ya era algo general el reconocimiento de que la ley se había anquilosado, puesto que aumentar el poder interpretativo del juez implicaba, de suyo, replantear el esquema de división de poderes y se corría el riesgo de convertir al poder judicial en un poder legislativo, y ya todos sabemos el valor simbólico que Francia (y, por ende, los países donde fue recibido su modelo de derecho civil codificado) le da a los idearios de la Revolución Francesa, con código a bordo; caso distinto en la cultura del "*common law*", donde las posturas de un juez más libre (incluso con un amplio poder de control de constitucionalidad de las leyes) no solo fueron mejor recibidas en su seno sino que no chocaban con el eje central de su cultura jurídica, basada en un juez corporativo más aplicador de sus propias costumbres que de normas expedidas por un legislador en representación de mayorías. Esto explica, por demás, el efecto histórico opuesto que se provocó a ambos lados del

[97] Mayor profundidad sobre este autor, en: Bernuz Beneitez, María José, *op. cit.*, nota 95, pp. 105-193. Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 67, pp. 199-205.

[98] Ross, Alf, *op. cit.*, nota 87, p. 98. Este autor narra la crisis del modelo exégeta en la propia Francia de finales del siglo XIX y principios del XX (pp. 97-123).

[99] *Ibídem*, pp. 58-59.

[100] Para lo cual fue fundamental su relación con Saleilles [1855-1912] (defensor del método histórico y de un derecho natural histórico-relativista), otro enconado crítico del modelo legalista de finales del siglo XIX. Juntos, Saleilles y Lambert fueron los motores más importantes para el Primer Congreso de Derecho Comparado realizado en Paris en 1900, del que surgieron importantes movimientos académicos. Ver: *Ibídem*, pp. 99-100. Jamin, Christophe, "Saleilles' and Lambert's Old Dream Revisited", *American Journal of Comparative Law*, 50 (4), 2002, pp. 701-718.

[101] Analizado, por ejemplo, en: Petit, Carlos. "Harvard en Lyon: Lecturas de Roscoe Pound en el *Institut* de Lambert", en Durand, Bernard y Mayali, Laurent (eds.), *Excerptiones iuris. Studies in Honor of André Gouron*, Berkeley (Ca.), 2000, Robbins Collection, pp. 503-554.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Atlántico con la obra de Lambert *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos.*[102] En Estados Unidos, este famoso libro de 1921 fue interpretado por la mayoría de los juristas como un análisis crítico del papel conservador de la Suprema Corte, mientras que en Europa continental fue interpretado como una denuncia de la intromisión del poder judicial en los asuntos propios del legislador. Este ejemplo, por demás, nos recuerda que una cosa es lo dicho en una obra y otra bien distinta su recepción (es decir, cómo es recibida e interpretada) en otras culturas jurídicas.

Ahora bien, estas escuelas, que podrían ser calificadas, aunque con un sentido amplio, como positivistas, salvo la excepción de Gény, ponen en evidencia que buena parte de las críticas contra el legicentrismo que suponía la exégesis se hicieron dentro del positivismo mismo. No obstante, la teoría estatal del derecho seguía cumpliendo un rol configurante del positivismo jurídico, y, en este caso más específico, una teoría del Estado armonizada con las pretensiones de un discurso científico-positivista que reclamaba para sí un juego relevante en la determinación del derecho vigente, sueño que se vio en buena medida cumplido cuando en 1900 entra a regir el *Bürgerliches Gesetzbuch*, código civil alemán, que recoge, sustancialmente, un siglo de producción académica alemana. Se cumplió así, en parte, el sueño de Savigny de códigos hechos por una academia jurídica cultivada en las universidades, con un marcado acento nacionalista.

De esta forma, sin las escuelas alemanas, no sería posible hablar de un discurso científico del derecho, positivista o no, fundamental para la configuración del derecho actual. Igualmente, estas escuelas fueron el sustento sobre el que se construirá tanto el estructuralismo como el funcionalismo del siglo XX, aprovechando ahora el impulso que implicaba la conexión establecida como necesaria a principios del siglo XIX entre derecho, ciencia y universidad.

V. El positivismo inglés

El positivismo, como movimiento iusfilosófico, también tiene sabor anglosajón. Antes de nada, no olvidemos que el sistema jurídico anglosajón debe mucho, en su sistematización y presentación, a Edward Coke [1552-

[102] Ya contamos con una versión en español: Lambert, Edouard, *El gobierno de los jueces (1921), Estudio preliminar de Luis Pomed*, trad. de Félix de la Fuente, Madrid, Tecnos, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

1634],[103] Matthew Hale [1609-1676] y, especialmente, William Blackstone [1723-1780]. Este último, por ejemplo, concibió el *Common Law* como un producto espontáneo del derecho natural (es decir, proveniente de la divinidad y expresado en valores morales que, por estar inscritos en la naturaleza de las cosas, son universales) que se manifiesta en la historia (costumbres),[104] el cual debe ser descubierto por los jueces para plasmarlo en sus sentencias, por lo que el derecho no es el resultado de la voluntad de un autor en concreto. Entonces, el derecho se manifiesta a partir del carácter vinculante de la costumbre judicial o sistema de precedentes que, repitamos, no se puede atribuir a una voluntad en específico, sistema que existe con anterioridad a los jueces, pero estos, de manera inconsciente, dan forma al mandato pero siempre atendiendo a la justicia expresada en el tiempo y según las necesidades de la comunidad. Por tanto, dado que la doctrina que encontramos en el precedente pre-existe al pronunciamiento del juez, su validez no depende de las circunstancias del caso presente, aunque los jueces, mirando dichas circunstancias, puedan atemperar su aplicación (esto es, la equidad entendida como mesura o enderezamiento de la justicia

[103] Quien consideraba en su obra "*Reports*" (parte XII, núm. 65), que el derecho no era asunto de una razón natural que descansaba en la generalidad de los hombres, sino de una razón artificial que descansaba en los expertos, para lo cual se requería estudio y experiencia. De esta forma, Coke consideraba que el Rey no estaba en condiciones de ser juez.

[104] Obsérvese la cercanía del modelo historicista (Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 18) con la forma en que se concebía el *Common Law* en aquel entonces. A fin de cuentas, el modelo jurídico anglosajón no hizo la ruptura con el historicismo que sí hicieron otras tradiciones constitucionales en los siglos XVIII y XIX. Dice así David: "La concepción inglesa de la ley, como ya lo hemos visto, reposa sobre un sentimiento o un prejuicio, que se explica por la historia: el *common law* está considerada en Inglaterra como el baluarte de las libertades inglesas, mientras que la ley escrita, por las posibles arbitrariedades que puede llevar consigo, viene a ser fácilmente el arma de la tiranía. Por esta razón la ley está considerada en Inglaterra como una disposición excepcional que se interpreta restringidamente". David, René, *Tratado de Derecho Civil comparado,* trad., Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, p. 297. De allí que no haya constitución escrita: "y la verdadera razón por la cual Inglaterra, seguramente la más constitucional de las naciones europeas modernas, ha permanecido también la única cuya constitución no se ha plasmado en un documento formal, no es porque no tenga constitución, como a veces gustan de decir los franceses, sino más bien porque la convicción de la necesidad de limitaciones sobre el gobierno arbitrario esta tan firmemente arraigada en la tradición nacional que ningún tipo de amenazas contra dicha convicción se ha considerado lo bastante peligroso para justificar la adopción de un código formal. Desde que las constituciones escritas se pusieron en boga a finales del siglo XVIII, Inglaterra no ha experimentado ninguno de los cambios violentos que apartaron a Francia de su abultada serie de constituciones escritas durante el siglo XIX". McIlwain, Charles Howard, *Constitucionalismo antiguo y moderno,* trad., Juan José Solozábal, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 31.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

general o legal cuando se aplica a un caso concreto)[105] con el fin de garantizar el cumplimiento de los valores morales que inspiran al derecho.

Además, al ser criterios preexistentes, el juez debe aprehenderlos por medio de la razón (en especial por medio del uso de la analogía –con todo el valor que esta tiene en el Antiguo Régimen-) y de su conciencia (pues una vez descubierto el precedente, la conciencia ilumina poniendo el sistema de valores trascendente como criterio último de validación de la norma). Ya de esta manera queda claro cómo para Blackstone, correspondiendo así con la esencia del modelo judicial inglés, el derecho positivo no solo es expresión del tiempo, que es, a su vez, casa del derecho natural, sino también como algo *a posteriori* a la conducta. Y justo aquí encontramos una fuerte diferencia del rol o función de la norma positiva en el sistema jurídico-continental (tanto el romano-germánico como el codificado) con el del *Common Law*: para el primero la norma, antes de nada, es una guía para la acción, para el comportamiento futuro, por lo que sus destinatarios, especialmente en la teoría demo-liberal, son los ciudadanos que requieren pautas que determinen *a priori* su comportamiento, para lo cual se basan en juicios (exégetas para unos, hermenéuticos para otros)[106] sobre el sentido mismo del enunciado presente en la norma; mientras que para el segundo la norma es establecida por y para el juez, de forma tal que pueda así juzgar una conducta ya acaecida, *a posteriori*, siendo pues el juez su principal destinatario, con lo cual el ciudadano, si quisiese derivar su comportamiento a futuro con base en la norma, debe hacer un juicio de predictibilidad de lo que haría un juez si esa conducta que desea hacer le fuese sometida a este último.

Pero con Blackstone, que contribuyó en mucho a la sistematización de la doctrina obligatoria de los precedentes judiciales, no terminó la historia. Uno de sus estudiantes, Jeremy Bentham [1748-1832], ya reconocido por ser un gran crítico de las instituciones de su tiempo y por su denuncia al rol tradicional de los juristas, retomó la tradición de Thomas Hobbes [1588-

[105] Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, trad. de Patricio Azcárate, Buenos Aires, Losada, 2007, Libro V, capítulo X (pp. 197-199).

[106] Exégesis y hermenéutica jurídicas, como métodos planteados en el siglo XIX, no son iguales. Basta con señalar el fuerte acento francés y codificado que rodeó al planteamiento de la exégesis como medio de acercamiento a la norma, a diferencia del acento alemán y académico-científico propio de la propuesta hermenéutica. Ver, por ejemplo, la nota 85 de este trabajo.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

1679][107] para sugerir el camino, sin que fuese realizado por completo este ideal, de la codificación y la sistematización del derecho (incluso más allá de Inglaterra),[108] doctrina que influiría en mucho en la teoría de John Austin [1790-1857]. Bentham, y pedimos perdón por reducir su vasto pensamiento, consideraba que el mayor problema del *Common Law*, representado especialmente en la obra de Blackstone, radicaba en que se presentaba como una doctrina iusnaturalista-consuetudinaria cuando en verdad consistía en el arbitrio –y a veces en la arbitrariedad– judicial, de manera tal que lo que es derecho sí es fruto de la voluntad (de los jueces, actuando de forma corporativa o individual, según el caso) y no de una supuesta razón (natural) expresada en el tiempo. De esta manera, el supuesto iusnaturalis-

[107] En especial del contractualismo que deriva en un fuerte estatalismo, presente en: Hobbes, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil (1651)*, Trad. Manuel Sánchez, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, parte II (pp. 137-304). Consideramos fundamental la lectura de este texto pues ya se constituye en un clásico imprescindible en cualquier reflexión tanto política como jurídica, especialmente de la parte II que deja en claro por qué muchos han considerado a Hobbes como un precursor del positivismo.

[108] Pues ejerció notable influencia en Europa y América Latina. Para la Nueva Granada véase: McKennan, Theodora (Sister O.P.), *Santander and the vogue of Benthamism in Colombia and Nueva Granada,* Dissertation for Degree of Doctor of Philosophy, Loyola University (USA), 1970. Williford, Miriam, J*eremy Bentham on Spanish America: an account of his letters and proposals to the New World,* Baton Rouge and London, Louisiana State University Press, 1980. Ramírez, Gonzalo, "Los artículos sobre libertad de imprenta de Bentham y Miguel Antonio Caro: Divergencias y eventuales correspondencias", *Revista derecho del Estado: nueva serie*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Num. 22, Junio de 2009, pp. 159-182. Sobre la influencia de Bentham en la frustrada reforma de los estudios legales a inicios de la República neogranadina: Cajas Sarria, Mario Alberto. "Usos locales de *Tratados de Legislación Civil y Penal* de Jeremy Bentham en los inicios de la República", *Revista de Derecho, División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, Num. 34, julio-diciembre de 2010, pp. 21-41. En fin, Bentham fue un gran publicista de su propia persona, como queda claro cuando leemos su comunicación epistolar con los más variados líderes mundiales, a los que no dejó de ofrecerse como un legislador o codificador extranjero (por ejemplo, en carta a Bernardo O'Higgins de 1821 o 1822 donde se ofrece como redactor de un código de leyes para Chile: Guzmán Brito, Alejandro, *Andrés Bello codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile. Tomo II,* Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982, pp. 14-20). Fernández narra la importancia del positivismo benthamista entre los liberales moderados en el trienio liberal (1820-1823). Fernández Sarasola, Ignacio, "La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana", *Fundamentos*, Num. 2, Oviedo-España, 2000, II-5 (pp. 359-466). Otros datos al respecto, son mostrados por: Petit, Carlos, "España y el Code Napoléon", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 61, fasc. IV, 2008, pp. 1804-1805 y 1818 (pp. 1773-1840). Igualmente, Petit, Carlos, "Derecho civil e identidad nacional", InDret: Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 3, 2011, pp. 18-21 (pp. 1-36), disponible en http://www.indret.com/pdf/843_es.pdf

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

mo terminaba siendo una excusa de los jueces para justificar su gobierno aristocrático y autárquico. Además, la voluntad judicial, que bajo una jerga naturalista se mostraba como "objetiva", caía en el subjetivismo que una sociedad moderna, ilustrada y liberal no podía permitir. Es por ello que consideró necesario reconceptualizar la norma para afirmar que esta es un conjunto de signos declarativos emitidos por la voluntad soberana estatal respecto a la conducta que dicha voluntad desea sea observada por los ciudadanos. Y por soberano entiende aquel cuyo querer es habitualmente obedecido por una comunidad política. Además, propone objetivar lo que es derecho mediante un código fruto del legislador soberano –es decir, del Estado–, para implantar ya no la "justicia" sino la felicidad pública basada en el utilitarismo (no olvidemos que Bentham, influido por Hume [1711–1776], es uno de los grandes exponentes de esta teoría moral), para que así el juez, vinculado generalmente a las élites tradicionales, no impusiera su propia voluntad amparado en el falaz argumento de que así seguía "objetivamente" la tradición iusnaturalista aprehendida mediante la "razón" y la "conciencia".[109]

Con base en Bentham, Austin, conocedor de primera mano de los cambios jurídicos que se gestaban en Alemania a principios del siglo XIX, tal como queda patente en su libro "*The Province of Jurisprudence Determined*"(1832), se centra en la "voluntad racional", aprehensible por medio del lenguaje y de los "enunciados" del derecho.[110]

Austin, resumiendo, plantea tres grandes aspectos que darán lugar al positivismo inglés decimonónico:

i) El derecho, como sistema positivo, puede ser explicado, racionalmente, como un diálogo de voluntades y no como un fruto histórico tal como lo entendería Savigny. Pero, consecuente con el empirismo inglés (Berkeley[111]

[109] Más información en: Tamayo y Salmorán, Rolando, "La teoría del derecho de Jeremías Bentham", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 50, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pp. 553-570. Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 67, pp. 182-195.

[110] Circuló ampliamente en el mundo hispanoamericano un texto suyo, editado luego de su muerte, del que puede servirse el lector para profundizar las ideas generales que aquí se expondrán: Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia (1861)*, México, Editora Nacional, 1974.

[111] Especialmente: Berkeley, George, *Tratado sobre los principios del conocimiento humano (1710)*, trad. Concha Cogolludo, Madrid, Gredos, 1990.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

[1685-1753] y Hume,[112] entre otros), la voluntad guía racionalmente la conducta a partir de lo que conocemos como experiencia, lo que le permite al hombre hacer generalizaciones o construir ideas o creencias (jurídicas, en lo que nos ocupa) con base en lo que cree experimentar, en lo que es a partir de juicios de utilidad que son los que demuestran, según él, la racionalidad impresa en la voluntad, por lo cual hay que alejarse de la jerga pseudo-científica de abstracciones y supuestas deducciones que, por ser distantes del carácter empírico de la ciencia del derecho, son indemostrables y solo son acatadas no por su racionalidad sino por la fuerza que en ellas imprime quien las emite.

ii) Concibe al derecho a partir del concepto de suprema autoridad o soberanía, de manera tal que el derecho, que no tiene por qué identificarse con la moral, es válido en tanto sea fruto del soberano. ¿Y qué hace que una voluntad sea soberana? Generalizando, una voluntad tiene tal característica si es la voluntad suprema o superior dentro del sistema, si es una voluntad independiente frente a otras voluntades externas al sistema, y si está en condiciones para imponer fines en sus mandatos y para amenazar a la población en general para que dichos mandatos sean cumplidos. Claro está que, según este autor inglés, el soberano no siempre actúa por su propia cuenta, por lo que ciertos súbditos pueden imponer estos mandatos y hacer las amenazas respectivas, las cuales tendrán el carácter de jurídicos si quienes los expiden lo hacen en nombre del soberano y si se consideran, en la experiencia habitual, como órganos que le obedecen. Así, el diálogo de voluntades es, en el fondo, una dependencia entre una voluntad soberana y una sociedad en estado de sujeción que persigue los fines que le fueron dados obedeciendo el mandato. Entonces, obedecer es una forma de manifestarse la voluntad racional en la medida que así se evita un mal (la sanción), a la vez que es una forma en la que se determina la conducta a partir de generalizaciones hechas con base en la experiencia del individuo (esto es, por ejemplo, que alguien, por su experiencia juzgue que si no obedece le acarrearía un mal que pudo haber evitado) que terminan por convertirse en hábitos. Por tanto, la mejor forma de determinar la soberanía es por medio del reconocimiento empírico del obedecimiento por parte de alguien

[112] Nada mejor que la lectura del "Tratado de la Naturaleza Humana" en tres tomos; pero el interesado en conocer el carácter empirista de Hume, que parte de la "creencia" -ante la imposibilidad de una demostración- de que el conocimiento humano se funda en la experiencia, puede remontarse a un texto de madurez de este autor: Hume, David, *Investigación sobre el entendimiento humano (1748)*, trad. Magdalena Holguín, Bogotá, Norma, 1992, especialmente Sección II y III, pp. 25-35.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

y la presencia de una amenaza por parte de otro, entre los cuales, por tal situación, se genera un diálogo de voluntades. Concluyendo, el derecho, para Austin, está compuesto por órdenes generales –respaldadas por amenazas– habitualmente obedecidas, emitidas por el soberano o por los súbditos que le obedecen.[113]

iii) La ciencia del derecho se ocupa de la "voluntad racional" y, por ende, de lo que "es" derecho, por lo que no puede igualarse a la moral que se centra en lo que "debe ser" derecho según los valores que la cimientan (lo que lo lleva a separarse de Blackstone por la relación que este establece entre religión y costumbre con lo que es derecho). Así encontramos un discurso de distinción entre el ser y el deber ser del derecho, que dará pie para todo tipo de discursos en esta misma línea dentro del positivismo jurídico. De esta manera, si bien es posible juzgar moralmente una norma,

[113] Contra esta concepción de derecho se enfrentaron Kelsen y Hart. El primero señala que Austin no diferencia entre "mandato" y "mandato obligatorio jurídicamente", puesto que Austin se queda con el criterio de "soberanía", que remite a una fuerza habitualmente obedecida, y no incluye el de "competencia", esto es, la capacidad otorgada por el propio derecho para crear mandatos obligatorios. Entonces, si bien el derecho es un mandato, no todo mandato es derecho. Además, sigue Kelsen, las normas jurídicas no dependen tanto de la fuerza de la voluntad como cree Austin, puesto que la norma positiva no siempre presupone que quien manda tiene un poder real, actual y continuo sobre quien se manda, como es el caso del testamento donde la validez del acto no se cuestiona por la muerte del testador, o el contrato que sigue siendo válido aunque una de las partes pierda su juicio y su voluntad con posterioridad al acuerdo, o la ley que sigue siendo válida aunque ya no exista la voluntad de quien la engendró. El segundo, Hart, considera, entre otras cosas, que el concepto de órdenes respaldadas por amenazas no es suficientemente claro para diferenciar una norma jurídica del mandato de un asaltante, que no diferencia con exactitud el rol de autoridad dentro del derecho, que el concepto de "hábito general de obediencia" es muy impreciso, que este concepto no da cuenta de la variedad de mandatos que pueden percibirse en el análisis lingüístico, etc. Ver: Hart, H.L.A, *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 23-32. Hay otras críticas de Hart que las resume Rodríguez: "si las normas jurídicas son órdenes expedidas por un soberano y habitualmente obedecidas por los ciudadanos, ¿cómo se explica la persistencia del derecho, es decir, el hecho de que las normas sigan vigentes después de que quien las expidió ha abandonado su cargo?; ¿cómo se explica el hecho de que existan normas que limitan las potestades legislativas del soberano?; ¿cómo es posible que existan normas emanadas de la costumbre y no de un acto explícito de legislación?; ¿de qué manera encajan en el modelo propuesto las normas que no imponen sanciones sino que otorgan potestades a los individuos para regular jurídicamente sus relaciones sociales, como las relativas a la formación de los contratos y el otorgamiento de testamentos?". Rodríguez, César, "Estudio preliminar", en Hart, H.L.A. y Dworkin, R., *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del hombre y Universidad de los Andes, 1998, p. 24 (pp. 15-88).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

entendida esta última como mandato general del soberano, este juicio no es obligatorio para quien emite su voluntad en la norma, de manera tal que la norma injusta sigue siendo norma, aunque pueda ser desaprobada por la religión (derecho natural) o por la opinión pública (costumbre).

Siguiendo con Austin, de la racionalidad de la voluntad surge el lenguaje de los enunciados del derecho, que podría definirse, por el momento, como las órdenes que una voluntad emite sobre otra, esto es, un diálogo lingüístico de voluntades para la concreción de fines y el establecimiento de sus respectivos medios. Pero como se trata de una voluntad que se impone sobre la otra, surge la necesidad de que esté respaldada por la amenaza, con lo cual el receptor del mensaje opta por cumplir el fin del mandato para evitarse un mal, pero para que pueda el receptor actuar para prevenir el mal, la amenaza tiene que considerarse como real –esto es, que se considere como posible (generalización), a partir de la experiencia (empirismo), el acaecimiento del mal prometido en caso de incumplimiento–, lo cual evita, según Austin, abstracciones dentro de la concepción de lo que es derecho. Entonces, si hay una norma que no esté aparejada a una amenaza, no podrá ser jurídica, sino que será de otro tipo, es decir, religiosa o moral. Es por esto que nuestro autor consideraba al derecho internacional, teniendo en cuenta el desarrollo que este tenía en esa época, como un sistema normativo que no era jurídico, sino moral.

De esta forma, Bentham y Austin contribuyeron, desde facetas algo diferentes pero con conexiones igualmente relevantes, al levantamiento del positivismo en Inglaterra, pero un positivismo que se acerca a los procesos codificatorios (Bentham), al realismo jurídico –del que hablaremos más adelante– y al positivismo analítico que encontrará en Hart [1907-1992] su mayor exponente en la segunda mitad del siglo XX. Tristemente el espacio que nos fue asignado no nos permite seguir explorando el camino que une Austin con Pound [1870-1964] (al que aludiremos en las páginas finales de este trabajo), gracias al quehacer de muchos otros juristas, como Henry Sumner Maine [1822-1888],[114] pero con estas simples ideas el lector ya podrá, por su cuenta, iniciar esta exploración.[115]

No obstante, y esperamos haber sido muy claros con el lector, el positivismo que tanto se le achaca a Bentham y a Austin, puede considerarse antiformalismo en tanto es una reacción a las formas tradicionales de ejer-

[114] Maine, Henry Sumner, *Ancient Law: Its Connection With the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas* (1861), Arizona, The University of Arizona Press, 1986.

[115] Para esta búsqueda, sugerimos: Lobban, Michael, *The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850*, Oxford (Inglaterra), Clarendon Press, 1991.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cerse el derecho inglés –basado en abstracciones de derecho natural y en costumbres que camuflaban, según ellos, la voluntad de los jueces–, aunque es bien diferente al antiformalismo (y a la vez formalismo, como ya lo explicamos) de la jurisprudencia de conceptos (que tenía por enemigo a cierto tipo de codificación, el francés por ejemplo, que implicaba un derecho formal y escrito más dependiente del sistema político que del actuar de los académicos), al antiformalismo de la jurisprudencia de intereses (que se enfrentaba al formalismo que representaba, en su contexto, la jurisprudencia de conceptos), al antiformalismo de la jurisprudencia libre (pues quería librar al juez de las formalidades jurídicas que lo ataban), o al antiformalismo francés de la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX (que reclamaba una superación del código con un posible viraje al derecho natural en el caso de Gény). Sin embargo, tanto Bentham como Austin pueden considerarse también como formalistas en la medida que defienden la norma, establecida en formas determinadas por la voluntad soberana, como derecho válido. Dicho con otras palabras, se enfrentan al formalismo conocido para proponer en su remplazo uno nuevo.

VI. La teoría pura del derecho

Escribir sobre un iusfilósofo de la talla de Kelsen no es fácil. Escribir pocas páginas, para estudiantes pero con el rigor del académico, sobre este autor austríaco, parece tarea imposible. Por tanto, aquí se darán únicamente ciertos rasgos generales de la teoría pura del derecho (en adelante TPD), tal como fue planteada por Kelsen, pero sin llegar a creer que la escuela se reduce a su padre, dado que fueron muchos los que la cultivaron, sugiriéndole así al lector curioso que complemente su lectura con las obras reseñadas en las notas de pie de página.

Antes de nada, Kelsen es fruto del modelo cientificista universitario que fue desarrollado a lo largo del siglo XIX. Incluso, la comprensión de la TPD exige claridad en los desarrollos iusfilosóficos al interior de las escuelas antiformalistas, fundamentalmente alemanas, del siglo XIX y principios del XX. Es el propio Kelsen, en el prólogo de su primera edición, quien llama la atención al respecto: La TPD "[p]uede ser entendida como la continuación de tesis que ya se anunciaban en la ciencia jurídica positivista del siglo XIX".[116] A pesar de ello, y como ya lo habíamos dicho, el propio

[116] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 7.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Kelsen no dejó de criticar estas escuelas al considerar que había en ellas muchos elementos ideológicos y políticos, como el nacionalismo, que impedían que estas se expresaran adecuadamente como teorías positivistas. Por ejemplo, escribió de una de ellas:

> La doctrina de la escuela histórica del derecho es, sin embargo, ella misma una disfrazada doctrina jusnaturalista en tanto que declara al *Volksgeist* como la fuente del derecho del único derecho verdadero y eficaz, y hace provenir de este el derecho de la misma manera que la doctrina jusnaturalista hacía provenir el derecho natural de la razón … la escuela histórica del derecho es una doctrina jusnaturalista conservadora y antirrevolucionaria.[117]

Y este juicio no era para menos, si se tiene en cuenta que Kelsen, emulando de esta manera la metodología crítica de Kant frente a la razón pura y práctica, considera como positivista solo a quien pida credenciales de legitimidad a la razón jurídica para encontrar de tal manera la esencia fundamental y diferenciadora de lo jurídico, esto es, limpiar la casa de cualquier componente extrajurídico, vale decir, "liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños",[118] en especial de los juicios morales conocidos con el nombre de derecho natural.[119]

Ahora bien, para iniciar nuestra exposición, los aportes de Kelsen, reduciéndonos especialmente a su *Teoría pura del derecho*, obra que cuenta con dos ediciones básicas, (y decenas de reimpresiones en diferentes idiomas), una de 1934[120] y otra de 1960-1962, podemos anclarlos en los tres frentes

[117] Kelsen, Hans, "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico" (1961), *Academia: Revista sobre enseñanza del derecho,* año 6, núm. 12, 2008, p. 197.

[118] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 15.

[119] Las críticas de Kelsen al derecho natural radican, fundamentalmente, en que si hay normas naturales estas obedecen al principio de causalidad, en tanto corresponden a la lógica de si A es B, mientras que en el derecho opera el de imputación a partir de postulados del deber ser, esto es, A debe ser B. También en la falacia naturalista, que se le adjudica a Hume, mediante la cual se señala que es un paso indebido el deducir normas (deber ser) de la naturaleza (ser). Igualmente, considera que el derecho natural es una ideología moral y religiosa relativa (no universal). Estas y otras críticas, en: Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, trad. de Francisco Ayala, Buenos Aires, Losada, 1946, pp. 13-52. Sobre la "falacia de Hume" y las interpretaciones históricas que esta ha recibido a lo largo de la historia de la iusfilosofía, ver el excelente análisis de: Finnis, John, *op. cit.*, nota 13, pp. 70-82. Este autor sugiere que Hume ha sido malinterpretado, incluso por Kelsen, aunque comparte el criterio que no es posible derivar el "deber ser" del "ser".

[120] Ya contamos con una nueva versión en español de la primera edición. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (1934), trad. de Gregorio Robles y Félix Sánchez, Madrid, Trotta, 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

planteados por Bobbio: i) Positivismo metodológico; ii) Positivismo teórico; iii) Rechazo del positivismo ideológico.

Sobre el positivismo metodológico, Kelsen planteó que el discurso científico del derecho, si quería ser tal, debía ser puro, esto es, partir del rechazo de cualquier ideología (moral, política, etc.) o cualquier elemento de interpretación extrajurídico (como la sociología, la teoría política, la economía, la teología, la historia, etc.). De esta forma, el jurista científico podría aspirar, mediante el uso metodológico de la pureza, a la objetividad de sus descubrimientos y a la neutralidad en su acción, requisitos fundamentales para alcanzar el estatuto de cientificidad.

Todo esto conlleva varios efectos, pero solo mencionaremos algunos: i) La ciencia del derecho, entendida como dogmática, queda restringida fundamentalmente a la interpretación analítica y sistemática de las normas válidas, esto es, las positivas (que son mutables, pues dependen especialmente de la voluntad estatal); y la validez de las normas depende de que se respete (salvo el caso de la revolución) la jerarquía y se cumpla así con el procedimiento establecido por otras normas positivas que regulan la creación normativa de los órganos jurídicos (lo que Kelsen denomina, en términos generales, como nomo-dinámica). ii) Los enunciados de la dogmática no pueden confundirse con los de la norma jurídica, de manera tal que la ciencia del derecho emite proposiciones sin validez jurídica que describen, analizan e interpretan las normas válidas. iii) La filosofía del derecho asumiría un rol de guardián de la pureza metodológica y de los fundamentos de la dogmática, y, a su vez, estudiaría aquello que, dentro de los ordenamientos jurídicos, se mantiene estable (lo que Kelsen denomina la nomoestática), en especial, la estructura jerárquica, la lógica deóntica (especialmente en términos de filosofía analítica o filosofía del lenguaje)[121] y los sis-

[121] Por motivos de espacio no podrá ahondarse en la fuerte relación entre filosofía analítica, lógica deóntica, filosofía del lenguaje y TPD (en especial en su segunda edición). Al respecto sugiero la lectura, entre otros textos, de: Carrió, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973. Esta fuerte ligazón determinó el rumbo del positivismo analítico que tuvo en Inglaterra (con Hart, entre otros), Finlandia (Georg Henrik von Wright [1916-2003]) y Argentina (con el positivismo analítico, con autores tan relevantes como Carrió [1922-1997], Alchourrón [1931-1996], Bulygin [1931-], Vernengo [1926-], Guibourg [1938-], Guarinoni [1944-], etc.). Sobre el positivismo analítico argentino, que tanta influencia ha generado en la iusfilosofía especialmente hispanoamericana, véase la obra que más ha sido referenciada al respecto: Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971 en inglés y 1974 en español), Buenos Aires, Astrea, 1974. Igualmente, los textos de R. Guibourg ("Una concepción analí-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

temas normativos. iv) El discurso científico del derecho se restringe en su objeto de estudio por una mirada fragmentadora de los saberes (cada cual a lo suyo), lo que no implicaría negar la existencia y la legitimidad de otros saberes que se pueden ocupar, igualmente, de normas, sino a considerarlos como ciencias innecesarias e impertinentes para hacer una buena dogmática. Entonces, para dar un ejemplo, no se trata del rechazo a la existencia de la sociología del derecho, sino de rechazar la consideración de que la sociología jurídica es ciencia del derecho o de que la sociología del derecho es necesaria para hacer dogmática. v) La aceptación de una teoría de roles expresada en la labor del científico, en tanto este, mientras actúe como científico del derecho, no puede hacer valoraciones en torno al derecho positivo, objeto central de su ciencia, pero una vez abandone ese rol y asuma otros, como el ser ciudadano, tal postulado de pureza no rige, en tanto es solo metodológico (científico), por lo que el ciudadano juzgará moral y políticamente, según sus propios pareceres, el sistema jurídico-político. Se trata pues de un ejercicio de clarificación de la postura desde la que se habla; así se evita que la "arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho, invocando, pues, una instancia objetiva, exigencias políticas que solo poseen un carácter supremamente subjetivo aun cuando, con la mejor fe, aparezcan como el ideal de una religión, una nación o de una clase".[122] Y vi) que la TPD no puede reducirse simplemente a una postura iusfilosófica, por lo menos no desde la distinción acabada de plantear, puesto que no solo es una teoría de la ciencia del derecho, sino que es, al mismo tiempo, una teoría general de las normas jurídicas, con lo cual la TPD termina ejerciendo como condición unificadora y trascendental entre categorías diferenciadas: la dogmática, la iusfilosofía y el derecho positivo.

En lo que respecta al positivismo teórico, esto es, a sus afirmaciones ya no tanto en torno a lo que debe ser la ciencia del derecho sino a lo que es el derecho positivo, afirmará, entre otras cosas, que la norma adquiere su validez no en virtud de sistemas de referencia extrajurídicos (como la religión, la moral, la naturaleza, etc.) sino en virtud del ordenamiento mismo (lo que explica que esta teoría sea estructuralista o normativista). Y el ordenamiento, que valida sus propias normas, es un entramado jerárquico (las normas, entre sí, tienen diferentes jerarquías que determinan su validez,

tica del Derecho") y R. Vernengo ("Conocimiento científico del Derecho") sobre sus posturas iusfilosóficas, presentes en: Botero, Andrés, *op. cit.*, nota 13, pp. 3-37 y 38-46, respectivamente.

[122] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 8 (prólogo a la primera edición).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tanto formal –en el procedimiento y competencia de creación– como material –en cuanto al contenido de las normas inferiores–) que funciona en torno a relaciones de imputación y no de causalidad, esto es, que una norma imputa una consecuencia jurídica a una descripción estipulada por la misma norma, pero no en virtud de relaciones de causa-efecto sino de imputaciones efectuadas por el agente aplicador del derecho, fruto de su interpretación tanto de la norma, como del ordenamiento jurídico y de los "hechos probados" considerados como tales conforme a las normas. De esta manera, si el derecho se rigiera por la causalidad, siempre que se produjera un hecho considerado como hurto se daría una sanción penal de hurto, pero el derecho no actúa así por lo que es posible que un hecho no sea interpretado jurídicamente como hurto, que ese hurto no lleve a la aplicación de una consecuencia jurídico-penal, y que a quien se le aplique una consecuencia penal no necesariamente sea quien hurtó en el mundo de la vida (puesto que el juez, al momento de condenar o absolver, trabaja, igualmente, en juicios de imputación y esquemas de interpretación, lo que no excluye la posibilidad del error mirado desde el plano fenomenológico).

Esto lleva, además, a otra consideración bien relevante en el autor austríaco: el juez, como principal agente aplicador del derecho, es, también, un creador de derecho (asunto que es conocido como discrecionalidad judicial).[123] Esto se explica, en Kelsen por los siguientes motivos: i) la profunda igualdad entre aplicar derecho y crear derecho;[124] ii) porque el juez es el responsable de ingresar al ordenamiento jurídico la norma particular denominada sentencia, por tanto es un creador de normas particulares;[125] iii) porque el juez, así como todo agente aplicador, a partir de su interpretación del sistema jurídico y de los fenómenos que el mismo sistema llama para dicho momento (como es el caso de los "hechos probados"), determina el contenido de lo que aplicará, y crea así una norma jurídica particular y concreta, labor esta de determinación de contenidos que se vuelve necesaria en la función judicial, puesto que debe interpretar no solo un enunciado aislado sino mandatos obligatorios entrelazados jerárquica-

[123] Sobre este concepto, véase el pedagógico texto de: Jiménez, Roberto M, "Discrecionalidad judicial", en *Diccionario Histórico Judicial de México*, México, Ideas e instituciones, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo I, A-F, 2010, pp. 432-439.

[124] Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado* (1945), trad. de Eduardo García Máynez (1949), México, UNAM, 1979, pp. 156-158 (Acápite: "g) Creación y aplicación del derecho").

[125] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 354.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

mente, dado que los enunciados normativos que son la materia prima de su construcción particular suelen presentarse en forma indeterminada, fruto de la ambigüedad de una palabra, la generalidad de un texto, etc.[126] Esto ya nos pone en camino para entender por qué Kelsen no puede ser reducido a un exégeta, como la leyenda negra, de la que se hablará más adelante, lo ha pretendido hacer ver.

Igualmente, si la pureza es la forma de garantizar la cientificidad de la dogmática, el derecho positivo debe, de la misma manera, buscar su independencia de criterios de validación extrajurídicos, por lo que cualquier contenido establecido por la voluntad competente puede ser derecho, siempre y cuando sea posible como regulación de la conducta humana (no podría ser norma una prescripción imposible). Esto lleva, obviamente, a considerar cierta separación entre voluntad, propia de la política, y razón, que se manifiesta en este caso como TPD, aspecto que exige varias aclaraciones. Kelsen parte de la voluntad como el determinador del contenido de las normas jurídicas, pero no una voluntad psicológica, continua y real, asunto que ya le había criticado a Austin (ver la nota de pie de página 113). Por ejemplo, si la voluntad psicológica, es decir, la voluntad que opta por algo que quiere y, por tanto, que conoce es el fundamento del derecho, no podría ser válida una ley aprobada por un legislador que desconocía su contenido, aspecto que sabemos no es cierto. Entonces, la voluntad que está detrás de la creación de la norma va más allá de una que conoce y quiere el contenido de la norma; se trata, simplemente, de una voluntad como acto creador de mandatos obligatorios, esto es, de derecho positivo. Pero el asunto no termina aquí, puesto que Kelsen señala, de un lado, que el derecho positivo no se agota en la voluntad, de manera tal que la voluntad, *per se*, no hace derecho, e incluso puede una norma continuar su vida jurídica aunque haya desaparecido la voluntad que le dio origen; y, del otro, que esa voluntad, como objeto, no hace parte de lo que legítimamente puede estudiar la ciencia del derecho. En conclusión, la voluntad no se iguala a la norma positiva y no es parte del objeto de estudio que la TPD preceptúa como legítimo para la dogmática.

Pero a pesar de estas precisiones, por la afirmación de que cualquier contenido o voluntad puede ser derecho si se cumplen con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, han surgido dos interpretaciones sobre supuestos contenidos políticos en la obra de Kelsen. La primera señala que la TPD termina por legitimar al derecho autoritario ya que cual-

[126] *Ibídem*, p. 350-351.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

quier contenido, incluso el más aberrante, podría ser obligatorio. Sin embargo, esta interpretación es errónea puesto que, como ya dijimos, el positivismo no puede identificarse sin más con el totalitarismo, que la TPD no sirvió a los intereses nazistas y estalinistas (aspecto que desarrollaremos dentro de pocas páginas) y que esta interpretación termina por plantear la igualdad entre voluntad política y derecho positivo. La segunda, por su parte, indica que la TPD tiene una clara postura política crítica, puesto que al separar el derecho de la voluntad permite poner en evidencia los fundamentos míticos de los Estados que se han valido impunemente del sistema jurídico para implantar la dominación sobre los administrados; de esta manera, gracias a la TPD se desvelan estos juegos perversos en contra de una democracia real y participativa.[127]

Desde esta perspectiva, Kelsen, en tanto señala su intención de dejar a un lado la voluntad, es un formalista, puesto que él diseña un modelo de comprensión de cualquier sistema jurídico estatal desde sus formas estructurantes y no desde los contenidos establecidos por sus normas.

También, como ya dijimos, la validez de la norma, lo que determina que sea positiva, es a fin de cuentas su adscripción a un ordenamiento jurídico. Es el propio ordenamiento lo que da validez a cada una de sus normas puesto que el ordenamiento es jerárquico y sus elementos están interrelacionados. De esta manera, la norma superior valida a la inferior, hasta llegar a la norma más básica de aplicación, la sentencia. Esto ha sido explicado mediante el concepto de "orden escalonado del derecho" y gracias a la metáfora de la pirámide que se atribuyen a Merkl [1890-1970] –incluso, que podríamos remontar, *mutatis mutandis*, hasta la "pirámide de conceptos", elaborada conforme a la lógica deductiva, por Puchta–[128] pero que Kelsen no tardará en continuarla en sus escritos.[129] Pero algo relevante en

[127] Línea interpretativa que encontramos, por ejemplo, en: Correas, Óscar, "Presentación", en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, 2a. ed., México, UNAM y Coyoacán, 2003, pp. 9-17.

[128] Una clara explicación de la postura de Puchta en torno a la pirámide de conceptos, en: Larenz, Karl, *op. cit.*, nota 86, pp. 39-44.

[129] Es mucho lo que el positivismo, en general, y la TPD, en particular, le debe a Merkl, como por ejemplo la teoría de la jerarquía normativa escalonada con su representación metafórica ya conocida. También se destacó en el campo del derecho administrativo. Una reseña sobre los aportes de Merkl a la TPD en: Kucsko-Stadlmayer, Gabriele, "La contribución de Adolf Merkl a la Teoría Pura del Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm 244, 2005, pp. 243-258. Kucsko-Stadlmayer aclara, por demás, las razones por las cuales Kelsen no citó asiduamente a Merkl: a) era común en aquella época estos "pres-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

esta descripción visual de la jerarquía del sistema es que incluye la constitución como norma jurídica y jerárquicamente superior que fundamenta todo el sistema jurídico, pero la constitución se funda, a su vez, en una *Grundnorm*, entendida (i) como una norma hipotética fundamental, si seguimos la visión que Kelsen da en su obra *Teoría pura del derecho*, que no tiene contenido y que es indemostrable en su existencia (por ello su carácter de hipótesis); o (ii) concebida como una ficción o presupuesto epistemológico no verificable, por tanto en algo que no "es" pero que se toma "como si" existiese, si nos atenemos a sus últimos escritos. Pero, para poder garantizar la supremacía y el carácter fundante de la constitución es necesario un modelo concentrado de control de constitucionalidad, que supone un órgano especializado que, en el fondo y analizando sus efectos, podemos decir es tanto jurídico como político: el tribunal constitucional (en adelante TC). Este, según la visión del padre de la TPD, es jurídico por sus funciones eminentemente de legislador negativo (capacidad de derogar una norma inconstitucional); y, en cierto sentido, político (a pesar de las advertencias que hizo Kelsen en contra de considerar al TC como un órgano estrictamente político, formuladas en su debate con Schmitt) pues sus decisiones son fruto de la voluntad (esto es, del criterio político de sus miembros) de sacar una norma del ordenamiento jurídico y, por esta vía, termina por imponer una interpretación válida de la norma acusada, así como de la propia norma superior.[130]

---

tamos" conceptuales sin la respectiva citación entre discípulos y maestros; b) la Escuela de Viena -a la que ambos pertenecían- se concibió como fruto de una obra colectiva, por lo que se consideraba que los desarrollos logrados por uno de sus miembros era para beneficio del grupo en general. Para finalizar, sobre los aportes de Merkl al derecho público en general, véase: Fuerte, Mercedes, "Adolf Julius Merkl: un jurista tan citado como desconocido", *Revista de Administración Pública*, núm. 146, Mayo-Agosto, 1998, pp. 419-428.

[130] Hoy día, la mayor parte de la academia jurídica acepta una faceta política tanto de la norma constitucional, como del TC, lo que ha generado varios interrogantes frente a este órgano: ¿es posible encauzar el carácter político de los TC? Algunos señalan, con gran eco, que la teoría de la argumentación es la mejor opción (por ejemplo: Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, CEC, 1989). Otros, por el contrario, se muestran más pesimistas, señalando que los TC pueden terminar por doblegar lo jurídico ante los intereses político-económicos que estos órganos defienden (podrían enlistarse cientos de autores en esta línea, pero para ilustración del lector sugerimos: Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996). Incluso, hay quienes plantean la necesidad de volver a la distinción entre lo jurídico (normas jurídicas tipo reglas y principios), lo político (directrices) y lo axiológico (valores), como forma de limitar la actividad política del TC (como lo propone, verbigracia: Estrada, Sergio, "Filosofía del derecho y neoconstitucionalismo", en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Por último, no puede pasarse por alto en esta breve enunciación de lo dicho por Kelsen en torno al positivismo como derecho válido, que el ordenamiento adquiere, a su vez, su validez, su estatus, en tanto es fruto del Estado de derecho. Claramente para el autor austriaco no hay dualidad ni oposición posible entre derecho y Estado, en la medida que el primero regula al segundo, y el segundo crea al primero, a la vez que le da coactividad.[131] Sin embargo, el modelo de Estado que Kelsen tiene en ciernes va mucho más allá del Estado liberal decimonónico, pues en él se sientan las bases del Estado constitucional, en la medida que la ley deja de ser la principal fuente de derecho.

Pasando a su rechazo al positivismo ideológico, es claro que Kelsen no puede ser considerado como tal, mucho menos como un exégeta, por las siguientes razones: i) Parte de que la norma jurídica siempre debe ser interpretada y que aplicación y creación del derecho son dos caras de la misma moneda, aspecto que rechazaría el ideario teórico de la exégesis. ii) Considera que el juez es, además de un interpretador del derecho, un creador del mismo y un determinador de los diferentes sentidos que la norma puede tener. iii) Rechaza, dentro del ámbito de la ciencia jurídica, cualquier vinculación entre ideología con derecho, de forma tal que no puede considerarse en el plano científico-jurídico cualquier afirmación que crea que la norma, por ser fruto de un proceso democrático, es justa y sabia. iv) Al ubicar la constitución (validada formalmente por una norma hipotética fundamental o por una ficción inverificable, pero materialmente por una revolución o por otra constitución precedente), por encima de la ley se enfrenta a cualquier legicentrismo decimonónico, aunque él siga siendo un estatalista, postura que se ve incluso respaldada por la férrea defensa que el austríaco hace de los TC como órganos de control del sistema representativo (es decir, órganos contra-mayoritarios pues deben controlar las decisiones del parlamento, que es elegido por las mayorías y actúa conforme al principio de mayoría). v) Cuando plantea que el derecho no se agota en la ley, también afirma que no todas las normas positivas son generales, por lo que existen normas positivas personales y concretas, lo que contradice lo defendido en su momento por el positivismo decimonónico: si la ley es la norma jurídica por excelencia en tanto es la misma para todos, esta solo

2012, pp. 511-574). En fin, este es uno de los grandes debates jurídicos contemporáneos, que involucra, por tanto, una gran cantidad de autores y estudios que aquí no podemos enlistar.

[131] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, pp. 291-321.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

puede ser general, impersonal y abstracta. vi) Considera la igualdad formal (fundamento de la voluntad liberal) como un principio ideológico que busca la legitimación del sistema político existente, sea cual fuere,[132] a pesar de ser este un valor crucial en la configuración del modelo positivista del Estado liberal. vii) Señala que la seguridad jurídica y la certeza del derecho, supuestos frutos del positivismo ideológico, son otra ideología rechazable por la TPD, en tanto no hay una interpretación correcta o un único sentido de la norma.[133]

En estos momentos, sin creer que conocemos bien a Kelsen, pues apenas le hemos dado un vistazo general, podríamos recalcar el sentido de su estatalismo que es bien diferente al del positivismo decimonónico; es decir, aparecen en escena con este autor las bases de un positivismo internacionalista, de un lado, y constitucionalista, del otro. Frente al primer aspecto, el internacionalismo de Kelsen, este concibe al derecho internacional como derecho positivo en sentido estricto, a la vez que la base del sistema jurídico estatal:

> … una norma del derecho internacional general faculta a un individuo, o a un grupo de individuos, con fundamento en una constitución eficaz, a producir y aplicar un orden coactivo normativo, en tanto gobierno legítimo; esa norma legitima así al orden coactivo, para el dominio territorial en que cuenta con fáctica eficacia, como orden jurídico válido, y a la comunidad constituida mediante ese orden coactivo, como un Estado en el sentido del derecho internacional; sin atender a que ese gobierno haya logrado el poder conforme a una constitución ya existente o por vías revolucionarias. Ese poder tiene que ser visto, según el derecho internacional, como un poder jurídico. Ello significa que el derecho internacional legitima la revolución triunfante como un procedimiento de producción de derecho.[134]

Y la norma fundante básica del derecho internacional, que "es el fundamento de validez mediato del orden jurídico estatal",[135] es igualmente una norma presupuesta basada en la costumbre de los Estados que reza así: "los Estados –es decir, los gobiernos estatales– deben comportarse en sus relaciones recíprocas, o bien la coacción de un Estado contra otro, debe ejercerse bajo las condiciones y en la manera que corresponda conforme a una costumbre interestatal dada"[136]. Entonces, el derecho internacional fundamenta la validez de los sistemas jurídicos nacionales, asunto que se deno-

[132] *Ibídem*, pp. 105-117 (parágrafos 23-25).
[133] *Ibídem*, pp. 349-356 (parágrafos 45-47).
[134] *Ibídem*, pp. 226 (parágrafo 34, h).
[135] *Ibídem*, p. 226.
[136] *Ibídem*, p. 227.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

mina monismo internacionalista, pero sin llegar al extremo de considerar que una norma nacional violatoria de otra internacional es, por este mero hecho, inválida de forma inmediata, en tanto que Kelsen considera que la norma estatal debe presuponerse (presunción *iuris tantum*) como respetuosa del derecho internacional hasta que no sea declarada nula por el órgano competente.[137] Todo esto implica, *prima facie*, considerar que el positivismo no se agota en el estatalismo, llegando así a esferas internacionales,[138] pero igualmente, aunque así no lo pareciera, también conlleva para el momento histórico en el que vive el autor que comentamos un reforzamiento de la teoría estatalista, con los matices ya vistos, puesto que el Estado, como conjunto normativo, no solamente es válido en virtud de su propia norma fundamental, sino también gracias al derecho internacional a pesar de que este tenga su propia norma básica que no es otra cosa que la propia costumbre de los Estados en sus relaciones con otros Estados.

En lo que atañe al segundo aspecto, el constitucionalismo contemporáneo, nada mejor que seguir las enseñanzas de Costa.[139] Según la clara lectura de este autor italiano, Kelsen intentó con su TPD superar la dualidad de voluntad-Estado y razón-derecho(s) basado en los siguientes motivos: i) En Kelsen el Estado y el derecho se unifican en el concepto mismo de ordenamiento jurídico. ii) La ley, expresión de la voluntad de las mayorías representadas en el parlamento, deja de ser soberana mientras que la soberanía ya radica en una constitución que fundamenta al derecho, inclusive a la ley. Por tanto, la voluntad de la ley está sometida a la razón de la constitución –respaldada por la acción garante de un TC– que es, entre otras, la que consagra los derechos de los individuos, de manera tal que ya no es el Estado mediante la ley el que consagra y limita los derechos, sino que es el Estado mediante la constitución el que cumple tal fin. iii) Si aplicar y crear son dos caras de la misma moneda, la voluntad, asociada a la capacidad de

[137] Por tanto, es un monismo internacionalista moderado. Cfr. Valencia Restrepo, Hernán, *Derecho internacional público,* 3ª. ed., Medellín, Comlibros, 2008, pp. 144-145.

[138] Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 16, pp. 44-46. Para este autor, el positivismo, especialmente el metodológico, no se agota en una teoría estatal del derecho, lo que queda en claro cuando se alude al derecho internacional. En este sentido, la identificación del positivismo con el estatalismo obedece más a razones históricas, por lo que es posible que, en un futuro, el Estado deje de ser la principal fuente de normas aplicadas por los juristas como vigentes sin que ello implique la negación del positivismo.

[139] Costa, Pietro, *op. cit.*, nota 17, pp. 253-257. Igualmente, ver la reseña analítica de este texto, en Botero, Andrés, *op. cit.* nota 17, especialmente pp. 31-34.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

creación y la razón relacionada con la capacidad de declaratoria o aplicación pasan a ser, igualmente, fenómenos perfectamente compatibles.

Sin embargo, sigue en su análisis Costa,[140] el estatalismo-constitucionalista de Kelsen, que deja clara una postura política a pesar de su pretendida neutralidad científica, presenta algunos riesgos a punto tal que los discursos autoritarios solo tendrían que afinar un poco más sus estrategias para lograr su cometido pero sin tener que llegar a renunciar a su meta. Y es que si bien la voluntad de la ley se subordina a la razón de la constitución, esta última puede ser fruto de manipulación política (voluntad) por las mayorías, ya no representadas en un parlamento sino camufladas como poder constituyente. De esta forma, se corre el riesgo de autoritarismo si fuerzas despóticas se apoderan, aprovechándose del parlamento (cuando este es poder constituyente derivado) o de los mecanismos populares de reforma (poder constituyente primario), de la propia constitución. A esto se suma, obviamente, que Kelsen, por su convicción positivista, no cree en contenidos intocables, indecidibles, puesto que ello implicaría aceptar objetividades ideológicas en lo que puede ser dicho o no como derecho, por tanto, cualquier contenido puede llegar a ser derecho, incluso constitución. Esta ausencia de contenidos con validez jurídica *a priori*, como sí lo sostendría un iusnaturalista, facilita aún más que las mayorías autoritarias puedan modificar la constitución según su propia voluntad, por lo que los derechos no encuentran un límite claro de protección y la razón, una vez más, está en amenaza.

Para finalizar nuestro resumen de la TPD podemos remontarnos, a la vez que complementamos, lo escrito por Guibourg[141] para quien son doce las ideas principales allí expresadas: 1) El derecho es un orden coactivo de la conducta humana, por lo cual no es un fenómeno natural, sometido a la causalidad, sino uno cultural, sometido a la imputación. 2) Una verdadera ciencia jurídica solo puede considerar las normas jurídicas positivas, aunque los enunciados de la ciencia jurídica no son iguales a los enunciados normativos. 3) Estas normas pueden ser legisladas, es decir, de creación estatal, o consuetudinarias. Pero incluso la costumbre adquiere su fuerza normativa gracias al propio Estado, dado que es este, mediante sus normas, quien señala el proceso mediante el cual una costumbre pasa a ser válida jurídicamente. Así las cosas, a pesar del reconocimiento de la costumbre como fuente de normas, esto no se opone a la afirmación kelseniana de que

[140] Costa, Pietro, *op. cit.*, nota 17, pp. 253-257.
[141] Guibourg, Ricardo A, *op. cit.*, nota 14, pp. 16-19.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

el Estado y el derecho se identifican entre sí. 4) La validez es el modo específico de existencia de las normas jurídicas. 5) La eficacia es diferente de la validez. La eficacia puede darse por el cumplimiento de la obligación (eficacia primaria) o por vía de la aplicación de la sanción para quien incumpla con la obligación (eficacia secundaria). 6) El ordenamiento jurídico es escalonado o jerárquico, y puede representarse gráficamente como una pirámide, para el pensamiento tradicional, o como redes de relaciones sistémicas entre normas con valor diferenciado entre sí, para posturas menos ortodoxas. Sin embargo, lo importante es que las "normas de un orden jurídico (…) no configuran un conjunto de normas válidas situadas una al lado de otra, sino una construcción escalonada de normas supra y subordinadas".[142] 7) La jerarquía nace de una derivación dinámica, donde la norma superior valida la inferior. De esta forma, la jerarquía otorga unidad al ordenamiento. 8) El vértice de la pirámide, el fundamento de la constitución, sería una norma hipotética fundamental, si nos atenemos a lo dicho en la obra *Teoría pura del derecho* o una ficción jurídica, si seguimos sus últimos escritos. En el primer caso, la norma básica sería una norma estrictamente jurídica, supuesta y neutra, una hipótesis necesaria para poder darle unidad coherente lógicamente al ordenamiento. Sin embargo, en 1963, Kelsen señaló que si toda norma es el fruto de una voluntad, la norma básica no puede ser una norma jurídica en sentido estricto puesto que es un mero presupuesto del pensamiento. En consecuencia, la norma básica sería a lo sumo una norma ficticia, dada por una voluntad ficticia. Además, replanteó el carácter hipotético que le atribuyó inicialmente a la norma básica fruto de replantear el concepto mismo de hipótesis: si por hipótesis se entiende algo que puede ser demostrado pero que aún no lo ha sido, la norma básica no puede ser hipotética puesto que no puede ser verificada en ningún momento, justo por su carácter ficcional. Sin embargo, la renuncia a la "norma hipotética fundamental" no implicó una renuncia general de su teoría positivista; incluso puede considerarse como una precisión menor, puesto que Kelsen sigue considerando que el fundamento de la constitución es una norma (jurídica o ficticia) presupuesta, sin contenido alguno e inverificable.[143] Y esto debe ser así, ya que si la norma que valida

[142] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 208.

[143] Ya Kelsen se había planteado desde muy temprano el tema de las ficciones jurídicas: Kelsen, Hans, "Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas con especial énfasis en la filosofía del "como si" de Vaihinger" (1919), en Kelsen, H., Fuller, L. F. y Ross, A., *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, 2003, pp. 23-56. Sobre el cambio de postura de 1963,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

la constitución fuese política, el sistema no podría ser neutro políticamente ni mucho menos podría dar lugar a una dogmática pura. En consecuencia, la norma fundante, que es una suposición del jurista, es neutra, para que así el derecho y la jurisprudencia (ciencia) puedan ser puros. 9) Si bien validez y eficacia son diferentes, la eficacia general y duradera es condición necesaria aunque no fundamento de la validez, tanto de una norma como del ordenamiento jurídico. 10) Por tanto, una norma puede perder validez por el desuso, condición a priori que no puede ser desechada por el legislador. 11) Los jueces crean derecho necesariamente en tanto interpretan. 12) Los jueces eliminan los posibles conflictos entre normas, pero la contradicción es inevitable, por lo que la certeza y la seguridad jurídicas son meras ideologías pero no realidades del sistema.

Continuando con nuestro pequeño estudio de Kelsen, solo falta mencionar que, dado el tamaño que cobró su obra, sobre él se ha gestado primeramente una leyenda blanca, blanquísima, que generó mucho daño en la comprensión de sus ideas. Efectivamente, a mediados del siglo XX y especialmente en América Latina,[144] Kelsen fue observado como un objeto de culto, pero dicha mistificación trae un efecto relevante: sus ideas fueron re-adaptadas a los gustos del lector. Había que ser kelseniano a toda costa, lo que exigía trasplantar en él aquello que gustaba al lector, o interpretar de forma muy extensiva apartados de su obra, para de esta manera lograr considerar como *obvios* los dogmas propios fruto de eliminar todo aquello que estorbaba en su teoría. La teoría pura ya no era tal, sino impura.[145]

Como reacción a esta mistificación está apareciendo, cada vez con mayor fuerza, una leyenda negra que le achaca a Kelsen los males de la sociedad contemporánea o lo interpreta como si este hubiese sido un exégeta o, peor aún, un legitimador del nazismo. Solo, para poner un ejemplo, en una

véase: Ross, Alf, *Lógica de las normas* (1967), trad. de José S.P. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971. pp. 146-147.

[144] Kelsen tuvo una notable influencia en América Latina, lo que motivó un viaje suyo a Argentina en 1949 (véase: Sarlo, Oscar, "La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El "frente sur" de la teoría pura", *Ambiente jurídico*, Manizales, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales (Colombia), núm. 12, 2010, pp. 401-425; además, la nota de pie de página 182), y otro a México en 1960 (Flores, Imer B., *Una visita a Hans Kelsen en México*, Documento de trabajo núm. 169, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012). Para el caso de Colombia, ver: López, Diego, La teoría…, *op. cit.*, nota 71. González Zapata, Julio, "Hans Kelsen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia" en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011, pp. 227-237.

[145] Este proceso de re-adaptación, fruto de una leyenda blanca, exagerada, que se gestó sobre el autor, fue bien analizado por: López, Diego, La teoría…, *op. cit.*, nota 71.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

reciente conferencia del profesor Mario Bunge, denominada "Elogio de la sistémica", pronunciada el 27 de agosto de 2011, se oyó decir que "el positivismo jurídico (aludiendo a Kelsen), a diferencia de la doctrina del derecho natural, sirve al *statu quo* al igualar justicia con legalidad. No en vano el positivismo jurídico fue la filosofía jurídica oficial tanto en la Alemania nazi como en la Unión Soviética".[146]

En fin, caemos ahora en una leyenda negra de Kelsen que hace énfasis en tres aspectos que o parten de exageraciones injustificadas en la academia, o nacen del desconocimiento de la obra del autor austríaco, o son simplemente fruto de la necesidad de achacar las culpas propias a otro para aliviar cargas de conciencia. En este sentido, apoyándonos en García Amado,[147] son fundamentalmente cuatro las falsedades que se oyen en dicha leyenda negra de la TPD: 1) que es una extensión del positivismo decimonónico, por lo que sostiene que el juez subsume, aplica mecánicamente la norma; 2) que confunde derecho con moral, por lo que invita a la obediencia al derecho válido pues este es bueno, asunto que señalaba el positivismo ideológico del que ya se habló; 3) que la pureza metodológica acarrea la defensa del derecho injusto; 4) que es una teoría propia del autoritarismo estatalista, por lo que se prestó con facilidad a los designios nazistas (y, agregamos, estalinistas).

Para responder estas críticas de la leyenda negra, ya comunes en escenarios anti-positivistas, podría citarse al propio Kelsen:

> Pero con no menor frecuencia cabe oír que la *Teoría pura del derecho* no estaría de manera alguna en condiciones de satisfacer sus exigencias metódicas básicas, siendo ella misma nada más que la expresión de una determinada actitud axiológica política. Pero, ¿cuál? Los fascistas la explican como un liberalismo democrático; los demócratas, liberales o socialistas, la tienen por una avanzada del fascismo. Desde el lado comunista es descalificada como ideología del estatismo capitalista; desde el lado del capitalismo nacionalista, es descalificada como un craso bolchevismo o, de pronto, como un disimulado anarquismo. Por su espíritu –aseguran algunos- estaría emparentada con la escolástica católica, mientras que otros creen reconocer en ella las notas características de una doctrina protestante del Estado y del derecho. Y tampoco faltan aquellos que quisieran estigmatizarla como atea. En suma: no hay orientación política alguna

[146] Agradezco al profesor Ernesto Grün (Universidad de Buenos Aires), el envío de la ponencia del maestro Bunge. El texto entre paréntesis es nuestro.

[147] García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 21, p. 20.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> de la que la *Teoría pura del derecho* no haya sido sospechada. Pero justamente ello demuestra, mejor de lo que yo podría hacerlo, su pureza.[148]

Agréguese que la teoría de la justicia de Kelsen no es, en modo alguno, su igualdad con la ley; por el contrario: su pretensión era la separación entre lo que es válido jurídicamente con lo que es justo moralmente, entendiendo pues que la justicia es fundamentalmente lo que un individuo (subjetivismo) y una cultura (relativismo) construyen e interpretan como justo.[149] Entonces, dado que científicamente no es posible determinar un contenido objetivo ni universal de la justicia, la mejor alternativa moral termina siendo la tolerancia, y la decisión política óptima sería la democracia,[150] pero no cualquiera sino aquella alejada del absolutismo.[151] De esta manera, Kelsen se separa del iusnaturalismo, pero también del positivismo decimonónico que creía que lo que el Estado hace, en tanto representa al soberano, es justo *per se*.

Recuérdese, además, que Kelsen fue expulsado de la Alemania nazi[152] por su ascendencia judía y por su clara defensa de la democracia, del relativismo ético y del pacifismo,[153] y fue prohibida su obra en los estudios de

[148] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 9 (Prólogo a la primera edición).

[149] Las opiniones de Kelsen sobre la justicia están presentes en: Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?* (1953), trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2001. Como era de esperarse, este texto mereció una réplica fuertísima de: Ross, Alf, *Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?* (1957), trad. de Genaro Carrió, en Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, Buenos Aires, Centro editor de América Latina, 1969, pp. 33-46. Ross [1899-1979] le critica a Kelsen que es un iusnaturalista camuflado, que no hay pauta lógica posible para responder por la esencia de un valor, que confunde la justicia con la aspiración moral de un mejor derecho, que es ambiguo en su conceptualización de la justicia, que termina por defender valores generales como la tolerancia a partir de su propuesta científica, etc.

[150] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 149, pp. 75-83 (capítulo IX).

[151] Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia,* trad. de Rafael Luengo y Luis Legaz, Granada, Comares, 2002.

[152] Fue destituido de su cargo de profesor en la Universidad de Colonia poco tiempo después de que Hitler tomara el poder en 1933. Sabía que tenía que salir de Alemania rápidamente, lo que pudo hacer gracias a las gestiones y los contactos ofrecidos por un "desconocido empleado subalterno de la administración de la universidad" quien fue, literalmente, el que le salvó la vida. Ver el relato de: Kelsen, Hans, *Autobiografía*, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 150-153.

[153] Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho* (1944), trad. de Luis Echávarri, Buenos Aires, Losada, 1946. La paz se lograría si los estados se someten al derecho internacional garantizado por un tribunal de justicia permanente. Pero, ¿al suponer un fin político-moral del derecho internacional no se cae en contradicción con la TPD? Al respecto, ver: Ramírez, Gonzalo, "La paz perpetua de Kant y el pensamiento de Kelsen sobre el pacifismo", en

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

derecho nazis, estudios más cercanos a iusnaturalismos y metafísicas raciales y ultranacionalistas que al propio positivismo. De esta forma, García Amado[154] sugiere que la mala fama de Kelsen como nacional-socialista tal vez se deba a que él fue escogido por varios de sus antiguos adversarios (iusnaturalistas y nazistas), después de la Segunda Guerra Mundial, como el chivo expiatorio para proyectar sobre dicho autor las culpas propias, pues no hay nada mejor para alivianar nuestra conciencia que considerarnos víctimas del otro. Aunque no se puede negar que Kelsen con su propuesta de Estado constitucional si bien logró concebir a un legislador controlado, no impidió que las mayorías siguiesen gobernando a su antojo, ahora entendidas como poder constituyente, poniendo en riesgo los derechos, tal como lo explicó Costa en páginas anteriores. Por último, si se reconociese al sistema jurídico nazi como uno válido, esto no significaría para la TPD, justo por su pureza metodológica, que acepte que dicho sistema sea justo; tampoco supondría que defienda que dicho sistema deba ser obedecido, puesto que la "eficacia de un orden coactivo que se reconoce como derecho"[155] es un asunto característico del poder político y no de la ciencia del derecho.

Frente al supuesto apoyo ideológico de Kelsen a la dictadura estalinista habría que recordar que él fue un autor rechazado por los primeros teóricos del marxismo jurídico como Stucka [1865-1932] y Pashukanis [1891-1937],[156] al ser calificado despectivamente como expresión erudita del decadente sistema jurídico capitalista-burgués. Además, el normativismo llega a la URSS por medio de Vyshinsky [1883-1954],[157] quien polemiza constantemente con Kelsen,[158] entre otras cosas, por la separación que este

Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 507-535.

[154] García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 21, pp. 34 y 86-87.

[155] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 124, p. 227. Para la TPD la validez de un ordenamiento jurídico requiere un mínimo de eficacia (*Ibídem*, p. 49); no obstante, del juicio de validez no se deriva una defensa a la eficacia de ese derecho, pues esto último es un juicio político.

[156] Para lo cual sugerimos: Pashukanis, E.B., *La teoría general del Derecho y el marxismo (1924)*, trad. de Carlos Castro, México, Grijalbo, 1976. Especialmente, a nuestro modo de ver, el capítulo II (pp. 55-69).

[157] Al respecto, puede leerse: López Calera, Nicolás María, *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 1985, pp. 41-64 (capítulo II). Igualmente, Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Marxismo y filosofía del derecho*, México, Fontamara, 2004, pp. 65-91.

[158] Sobre la disputa de Kelsen con el marxismo, véase: Ruiz Manero, Juan, "Sobre la crítica de Kelsen al marxismo", en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, 2ª. ed., México,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

último plantea entre sociología y derecho, aunque es clara la influencia de este sobre aquel. No obstante, el normativismo de Vyshinsky lejos está de ser una TPD, especialmente por su marcada defensa de la ideología comunista que lo llevó a exaltar el derecho estatal soviético y a rechazar el derecho estatal de cualquier otro sistema político, lo que deja en claro el marcado ideario político que es, en últimas, el que determina cuál sistema jurídico-estatal es válido y cuál no lo es.[159] "El papel de Vyshinski consistió en persuadir a los soviéticos de que el designio supremo de los marxistas no radicaba en desembarazarse del Estado, sino en construir un Estado socialista poderoso".[160] En el fondo se trata de la defensa de la voluntad del Estado soviético en momentos de fuerte dictadura, y de su derecho a legislar (voluntad sobre razón), lo que suponía la exigencia de que el derecho, si es comunista, debe ser obedecido en tanto es legítimo, pero si es fruto de un Estado capitalista se convierte, automáticamente, en una dominación de clase. Pero incluso, aceptando para el debate que la TPD fue un instrumento del estalinismo, ¿hasta dónde responde un autor de una teoría general descriptiva por los usos políticos particulares que de ella se hicieron? ¿Esto no podría ser una forma de eludir o disminuir la responsabilidad de quienes planearon y realizaron tales usos concretos?

Y sobre las críticas que lo identifican con la exégesis, solo cabría decir dos cosas: la primera es que, como ya lo vimos, la TPD es, claramente, una

---

UNAM y Coyoacán, 2003, pp. 123-178. Para comprender mejor el debate con Vyshinsky: *Ibídem*, pp. 163-166.

159 "Durante el primer período de existencia de la Unión Soviética, los juristas de esta fieles a aquella concepción, encabezados por Stutschka y Paschukanis, definieron el derecho, sin recurrir al concepto de norma, como un agregado de relaciones sociales específicas. De este modo se opusieron abiertamente a la doctrina jurídica normativista, discriminada por ellos como "teoría burguesa" (…) Pero cuando el derecho y el Estado soviéticos, después de haber repudiado totalmente la economía capitalista, lograron estabilidad, dentro de la teoría jurídica se produjo un radical viraje. Bajo la égida de Vyschinsky, a partir de entonces el más importante de los juristas rusos, volviose a la teoría normativista, y el derecho fue nuevamente definido como un sistema de normas. Los juristas que por su fe en la sociología marxista habían rechazado la teoría normativa, motejándola de ideología burguesa, fueron estigmatizados como enemigos del pueblo. Esto no obedeció, como es obvio, a razones científicas, sino políticas (…) Esto significa que, tan pronto como desaparecen las razones por las que el derecho es rechazado, no hay ya ninguna necesidad de cerrar los ojos ante su carácter normativo". Kelsen, Hans, "Teoría Pura del Derecho y Teoría Egológica: respuesta al artículo de Carlos Cossio: 'Teoría Egológica y Teoría Pura (balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)'", trad. de Eduardo García Maynez, en *La Ley*, Buenos Aires, año 2, núm. 7, Agosto de 2001, p. 13 (pp. 1-19).

160 Jhonson, E.L., *El sistema jurídico soviético*, trad. de J. R. Capella y J. Cano Tembleque, Barcelona, Península, 1974, p. 103.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

teoría crítica ante el positivismo ideológico; la segunda es que no podemos caer en la facilidad que implica reducir un género a su especie más débil, esto es, reducir el positivismo a la exégesis, movimiento criticado con buenas razones desde el propio siglo XIX, para poder doblegarlo.

No obstante, por fuera de los apasionamientos que genera la leyenda, blanca o negra, la teoría kelseniana ha recibido críticas fuertes de las que solo podremos enunciar, y rápidamente, las que consideramos más importantes. La primera es que Kelsen parte de un paradigma científico ya superado: la fragmentación. La idea kelseniana de la separación de los discursos científicos, en estancos, se encuentra bastante cuestionada en momentos en que la complejidad y la sistémica revolucionan el campo de las ciencias.[161] Entonces, la fragmentación, la especialización del conocimiento jurídico (enfocado en normas positivas) otorga como ventaja una simplificación, fruto de la reducción de la complejidad del fenómeno (pues el derecho está en íntimo contacto con la cultura y, por ende, con muchos órdenes que impiden verlo solo como ordenamiento normativo), pero tiene como desventaja que reduce las posibilidades de comprensión de lo que se investiga. Así, la TPD lleva a privilegiar en el estudio del derecho la explicación analítica (que implica un estudio exhaustivo de la parte) sobre la comprensión hermenéutica (que supone un estudio de las relaciones entre las partes y de estas con el todo que las integra). De esta forma, si se desea tener una noción de cómo el derecho se relaciona con otros órdenes o cómo funciona en la realidad social, la TPD no ofrece mayores herramientas para comprender tal complejidad. Y justo en estos momentos, en las ciencias sociales y humanas, cobra mayor importancia la comprensión de un fenómeno que su explicación.[162] No obstante, esta crítica no se hubiese podido hacer durante buena parte del siglo XX, momentos en los cuales la fragmentación constituía el eje epistemológico central de la ciencia en Occidente.

Y siguiendo con lo poco permisiva que es la TPD para permitir comprender la complejidad del derecho, encontramos una segunda crítica: Kelsen, por el afán de hacer de la TPD una teoría general aplicable a dife-

[161] Para mayor información, ver las críticas que se han hecho a la fragmentación de las ciencias y su incidencia en el discurso científico contemporáneo, Botero, Andrés, "Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica", en Botero, Andrés, *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Buenos Aires (Argentina), Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010, pp. 86-123.

[162] Sobre la distinción entre explicar y comprender, véase: Wright, Georg, *op. cit.*, nota 85, capítulo 1, "Dos tradiciones".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

rentes modelos jurídicos, pretende, a toda costa, la uniformidad en categorías básicas de las complejidades de los sistemas jurídicos por él conocidos. No obstante, esta crítica va mucho más allá de la comúnmente señalada de que Kelsen pretendió elaborar una teoría general basada en experiencias jurídicas nacionales, asunto que reconoció el propio padre de la TPD cuando dice, verbigracia, que la teoría de la unidad entre derecho y Estado le surgió del análisis del sistema austríaco, por tanto, dado que "esa teoría del Estado es una parte esencial de la *Teoría pura del derecho*, a esta puede considerársele como una teoría específicamente austríaca".[163] Pero el hecho de que una idea surgiese de una experiencia particular no implica que no pueda llegar a ser general, siempre y cuando dicha idea sea aplicable a otros sistemas diferentes del que le dio origen. De lo que se trata en esta segunda crítica es que la TPD, y en no pocos casos, por la pretensión de uniformidad puede llegar a ignorar o invisibilizar las diferencias y las particularidades de los diferentes sistemas, deformando así la existencia compleja de las familias jurídicas. ¿Hasta qué punto es posible reducir todo sistema jurídico, sin deformarlo, a unas categorías básicas poder plantear con base en ellas una teoría general aplicable a todos o casi todos los sistemas jurídicos? ¿Esto no supone perder la riqueza de las especificidades? Un ejemplo de ello lo constituye la disputa en torno a las normas incompletas o independientes. Kelsen considera, inicialmente, que toda norma implica una sanción, esto es, una prohibición fundada en una amenaza, pero ¿qué hacer entonces con aquellas normas propias de sistemas jurídicos basados más en el principio de colaboración que en el de prohibición, que no sancionan sino que permiten o autorizan algo o que informan sobre cómo obtener un resultado? Kelsen, para poder mantener la uniformidad de su modelo, las considera como normas incompletas o no independientes que solo se vuelven plenas una vez puedan articularse con una sanción, con una coacción. De esta manera, en vez de reconocer que no todas las normas obedecen a la misma estructura y a la misma función social (represión), termina por uniformarlas considerando el derecho como "una reacción contra lo ilícito"[164] y no como una forma de propiciar lo lícito, todo lo cual le valió sendas críticas en especial de los iusfilósofos anglosajones, como Hart (ver la nota 181 de pie de página).

En tercer lugar, la neutralidad del científico ha sido cuestionada justo a partir de las teorías constructivistas en la psicología y de la intencionalidad

[163] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 152, p. 120.
[164] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 126.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en la filosofía. Las primeras señalan que el individuo, incluso el científico, construye los objetos que conoce; por tanto, ningún conocimiento es neutral ni existe tal cual por fuera de quien lo construye. Las segundas indican que la intención (como un animus social o individual) está presente en cualquier acto cognitivo, lo que hace que los resultados cognitivos, incluso los científicos, no dejen de ser resultados parciales y relativos, puesto que el objeto conocido no puede separarse del sujeto intencionado que conoce, todo lo cual es defendido por autores como Brentano [1838-1917], Husserl [1859-1938], Heidegger [1889-1976], entre otros. Así las cosas, ¿es posible partir de la neutralidad en el acto de conocimiento? Incluso, ¿es viable sostener que se debe ser neutral al momento de conocer para que dicho acto sea considerado como científico? Aquí hay que distinguir entre la objetividad como idea regulativa, y la neutralidad como posibilidad real en el conocimiento. El científico debe (y esto es parte de su compromiso ético) buscar ser lo más objetivo posible, lo que es un asunto de grado, pues la objetividad absoluta no existe en el mundo posible; pero es imposible que sea neutral, puesto que sus prejuicios, su historia, son la medida de sus acciones, y conocer es, ante todo, una acción. Agréguese que, lógicamente, defender la neutralidad es una forma de sostener una postura política, esto es, que la neutralidad es una decisión, un acto de voluntad, y por tanto cargada de ideología (quien decide ser neutral –si es que puede– opta políticamente por la neutralidad). Sin embargo, habría que matizar esta crítica señalando que Kelsen, por su orientación kantiana, considera que es la razón jurídica expresada como TPD, mas no el científico desde sus contextos particulares, quien debe construir el objeto a ser conocido a partir de categorías trascendentales que, por tal, son generales a todos los sistemas jurídicos. De esta forma Kelsen rechaza tanto el objetivismo puro – como aquel que considera que hay normas jurídicas *a priori*, objetivas por ser superiores y previas a los sujetos–, como el subjetivismo radical –que parte que cualquier acto cognitivo es válido puesto que cada cual piensa diferente por lo que no existe ningún criterio validador–. El autor austríaco plantea cierto objetivismo epistemológico que es armónico con su relativismo en lo que respecta a los valores, puesto que la ciencia del derecho no puede ser cualquier cosa y el derecho positivo debe someterse –para poder ser un objeto que transcienda de los juicios subjetivos– a ciertas categorías depuradas, mientras que las valoraciones morales y políticas que no son jurídicas, por no estar sometidas a este principio objetivador, siguen estando atadas a los contextos de cada cual.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

En cuarto lugar, el estructuralismo de Kelsen no es completo, puesto que en diversos momentos de su obra tiene que ceder a planteamientos realistas, como lo es reconocer que en ciertos aspectos la eficacia condiciona la validez del ordenamiento o de una norma en concreto. Es que para Kelsen es necesario, siempre, un mínimo grado de eficacia para poder considerar que un ordenamiento o una norma son válidos, pues de lo contrario operaría la revolución o el desuso: "Una norma jurídica no adquiere solo validez cuando es plenamente eficaz, sino cuando lo es en cierto grado; es decir, cuando es aplicada y acatada en cierta medida".[165] Igualmente, la costumbre, para ser válida, requiere una acción repetida, general, uniforme, esto es, eficaz. Y ni hablar de la revolución como fundamento de validez de una constitución; solo una revolución eficaz puede lograr cambiar la norma hipotética fundamental o ficción que sostiene, a su vez, la constitución.[166] Incluso, la teoría de la "mutación constitucional"[167] (que se refiere al cambio del sentido de una norma constitucional sin que se modifique el texto de la misma, fruto, por ejemplo, de la variación del significado de alguna palabra a lo largo del tiempo), que Kelsen acepta como algo constatable no solo en el derecho constitucional sino en "todos los dominios del Derecho",[168] implica que la realidad social puede modificar el significado de (las palabras de) la norma.

En quinto lugar, Kelsen apunta a un modelo estatal, puesto que el positivismo ante todo gira sobre una teoría estatal del derecho,[169] que hoy día

[165] *Ibídem*, p. 102.

[166] Al respecto, ver: Guibourg, Ricardo A, *op. cit.*, nota 14. La teoría de la "revolución" tuvo eco en muchos países. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia colombiana (Sentencia de Sala Plena del 28 de noviembre de 1957, magistrado ponente Guillermo Hernández) se declaró incompetente para pronunciarse sobre la convocatoria al plebiscito constitucional de 1957 (que dio lugar al "Frente Nacional"), alegando que dicha ella era fruto de una "revolución" que rompía con el diseño constitucional, por lo cual no podía ser juzgada jurídicamente.

[167] Sobre este concepto, véase: Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz y Miguel Azpitarte, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. pp. 95-114.

[168] Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado* (1925), trad. Luis Legaz Lacambra (1934), México, Editora Nacional, 1965, p. 332.

[169] Pero el estatalismo de Kelsen no permite, de buenas a primera, creer que estamos con dicha teoría ante la defensa y la justificación de los Estados totalitarios. Hay que tener cuidado, pues, del uso del concepto "Estado" en la TPD, tal como lo sugiere: Montoya Restrepo, Nataly, "Usos y abusos del concepto "Estado" según Hans Kelsen", en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011, pp. 135-164.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ya no sería del todo aplicable. El modelo de Estado constitucional presente en la obra kelseniana, si bien supera el Estado legicentrista y liberal del siglo XIX, se queda corto al modelo de Estado que bien se estatuye en la mayoría de las constituciones democráticas occidentales contemporáneas.

Es en este marco crítico que Grossi[170] dice de Kelsen:

> …aunque toda su obra puede verse como un grandioso exorcismo contra el poder a través de su racionalización formal-normativa, al seleccionar el punto de vista de la norma como perno del orden jurídico, el tiempo de su producción debe ser necesariamente momento esencial, el mandato evento esencial, la coerción contenido esencial, su forma manifestación esencial, con el resultado de que el grandioso exorcismo se manifiesta como sustancialmente ineficaz, y el poder domina indirectamente pero con una presencia pesada todo el itinerario kelseniano, casi como el coro en la antigua tragedia griega.

Entonces, para Grossi, la TPD es, sencillamente, una "geometría que debía sacar fuerza de sí misma pero que brotaba de la nada y en la nada se fundaba".[171] Claro está que esto, en sí, no es una crítica sino un llamado de atención sobre las posibilidades de aplicación política de un modelo interpretativo de lo jurídico[172] que, por su propia esencia, buscaba alejarse de juicios políticos, aunque, ¿ello es posible?

Pasamos por alto, por temas de espacio, los muchos debates que Kelsen dio a sus colegas, los cuales constituyen críticas a la teoría pura del derecho. Dejamos en manos del lector que profundice el respecto. ¿Pero cuáles son? Hacer el listado taxativo es imposible, pero creemos que los debates más relevantes para un curso de Filosofía del Derecho[173] pueden ser: i) El que

[170] Grossi, Paolo, Mitología jurídica…, *op. cit.*, nota 26, p. 49.

[171] *Ibídem*, p. 49.

[172] Recomendamos la lectura del positivista analítico Guibourg, Ricardo A, *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, pp. 91-102, quien plantea otras interesantes críticas al pensamiento de Kelsen con base en los conceptos de este último de sanción, acto ilícito, responsabilidad, obligación, derecho subjetivo, capacidad y persona.

[173] Por espacio no mencionaremos el debate con Kaufmann (cfr. Paulson, Stanley L., "Algunos aspectos de la controversia entre Hans Kelsen y Erich Kaufmann", en Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 537-564) ni el que sostuvo con Stone, particularmente interesante sobre la *Grundnorm* (Stewart, Iain, "¿Coincidencia o derivación? Cuando Julius Stone acusó a Hans Kelsen de plagio", en Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 565-591). Además, hay otros debates que sostuvo en planos diferentes al de la ciencia jurídica que tampoco podremos tratar (por ejemplo: Kelsen, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, trad. de Isolda Rodríguez y Joaquín Etorena, Buenos Aires, Katz, 2006; analizado en: Uribe

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sostiene con Ross, exponente del realismo escandinavo, donde este acusa al austríaco de ser un iusnaturalista solapado o un cuasi-positivista[174] (esto es, un iusnaturalismo camuflado, en virtud de su defensa de una norma fundamental inverificable factualmente como fundamento del sistema, idea que actúa, según Ross, como una metafísica) y por su estructuralismo sin partir del estudio de la realidad jurídica, en especial judicial. Kelsen responderá que un derecho basado en lo observado por los destinatarios y verificado por la experiencia terminará en un formalismo radical puesto que se parte de un concepto formal sin referencia alguna al contenido ni al procedimiento: norma sería aquello habitualmente obedecido independientemente de lo que establezca y de la forma en que fue elaborada. Además, señala el autor austríaco que Ross confunde validez con eficacia[175] a la vez que no diferencia los enunciados de la ciencia del derecho que son elaborados pensando en el futuro (enunciados sobre lo que se cree será derecho en los tribunales, esto es, el juicio de predictibilidad) con los enunciados jurídicos de las normas vigentes en el presente.[176] Agregamos, de nuestra parte, que si la acusación de servirse de un presupuesto lógico es algo propio de la metafísica, entonces, todo discurso que pretenda ser lógico (como la misma crítica de Ross) sería igualmente metafísico. ii) El entablado con Schmitt sobre quién debe ser el defensor de la constitución; sostiene este que la constitución no debe descansar en la acción garantizadora de un TC, pues supondría juridificar lo político y politizar la justicia, por lo que propone sea el presidente de la República alemana de Weimar (estamos en momentos de vigencia de la constitución con este mismo nombre, 1919-1933) quien asuma tal función.[177] iii) El que tuvo con Hold-Ferneck, quien

---

Álvarez, Roberth, "'Ciencia' contra 'teología' de la política. El concepto de 'ciencia de la política' en la reseña de Kelsen a Voegelin", en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011, pp. 207-226). Nos restringiremos a los que consideramos como los más relevantes según la interpretación tradicional en el campo de la iusfilosofía.

[174] Ross, Alf, El concepto…, *op. cit.*, nota 149, pp. 21-29.

[175] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, pp. 219-225.

[176] *Ibídem.*, p. 101 (parágrafo 21). Otras críticas en: Kelsen, Hans, "Alf Ross: Una teoría 'realista' y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia", en Casanovas Romeu, Pompeu & Moreso, Josep Joan (ed.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 422-455. También: Hart, H.L. A., *op. cit.*, nota 113, p. 13.

[177] La postura del autor austríaco se encuentra, entre otros textos, en: Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995. La del autor alemán está, especialmente, en: Schmitt, Carl, *La defensa de la constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1931. Un análisis de dicho debate, llamando

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

considera a Kelsen como un defensor del liberalismo-burgués, por lo cual opina que el formalismo y la pretensión de neutralidad conllevan, en sí mismos, una visión material política, incluso elitista, si se observa la defensa de Kelsen por los TC, por lo que no es tan clara la separación absoluta entre deber ser y ser, de este último. También le critica el fuerte énfasis que hace en la coercibilidad del derecho, cuando considera esta característica como algo secundario. Igualmente, señala, en contra del autor austríaco, que el derecho internacional no puede ser considerado como derecho, sino como política.[178] iv) La que sostuvo con Hart sobre la norma fundamental (Hart afirma que el fundamento del derecho es una regla de reconocimiento socialmente verificable),[179] sobre la unidad del sistema normativo[180] y sobre la teoría de la norma, en especial si todas las normas jurídicas obedecen a la forma lógica planteada por Kelsen de un supuesto fáctico y una coacción derivada de la transgresión del imperativo jurídico.[181] v) La que

incluso la atención sobre cómo se ha malinterpretado, en: Gianformaggio, Leticia, "El Modelo Kelseniano del Estado como Ordenamiento Dinámico, en la Teoría y la Ideología", *Revista del Tribunal Federal Electoral*, Vol. IV, núm. 6, 1995, pp. 121-128. También: Córdova Vianello, Lorenzo, "La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt", *Cuestiones constitucionales*, núm. 15, Julio-Diciembre, 2006, pp. 47-68. Silva-Herzog, Jesús, *op. cit.*, nota 21, pp. 9-24. Igualmente, muy interesante por la forma en que considera que dicho debate aún está vigente: Arango Rivadeneira, Rodolfo, "Kelsen y Schmitt: dos actores políticos, dos visiones del mundo", en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011, pp. 195-206.

Una última aclaración: la función de presidente en la constitución de Weimar no es la misma función (histórica, por demás) de los presidentes en los sistemas jurídico-político latinoamericanos, por lo que el paso de las teorías de Schmitt a esta última región debe ser más que cuidadosa.

[178] Kelsen, Hans y Hold-Ferneck, Alexander, *Lo Stato come superoumo: un dibattito a Vienna*, (a cura di Antonino Scalone), Torino, G. Giappichelli editore, 2002.

[179] La negativa de Kelsen frente a esta teoría se encuentra en Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 229 (nota 134, parágrafo 34, i). Sobre la teoría de la regla de reconocimiento, ver: Hart, H.L.A, *op. cit.*, nota 113, pp. 125-137.

[180] Hart, H. L. A., "Kelsen's doctrine of the Unity of Law", en: Munitz, Milton & Kiefer, Howard (ed.), *Ethics and Social Justice,* Albany NY, State University of New York Press, 1968, pp. 208-270. Existe una versión en español: Hart, H.L.A. "La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", en Casanovas Romeu, Pompeu & Moreso, Josep Joan (ed.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 383-421.

[181]Ante las críticas de Hart, Kelsen acuñó el concepto de normas jurídicas no independientes (Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, pp. 63-70, parágrafo 6 d y e), que son normas que no tienen sanción (como lo planteó Hart) pero que deben estar en conexión con otras normas, estas sí coactivas, para poder ser parte integrante del ordenamiento jurídico. Sobre este

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sostuvo, en Buenos Aires, 1949, con Cossio [1903-1987] sobre si la teoría egológica de este último era mejor o peor representante del positivismo jurídico, pues que, a sentir del iusfilósofo argentino, su teoría tenía como principal objetivo kelsenificar al propio Kelsen (esto es, superarlo sin abandonarlo).[182] Será el lector quien indague sobre estos debates (que no siempre se alimentan de energías científicas, pues allí también se ponen de manifiesto tanto componentes afectivos –amistades, rivalidades, etc.– como la capacidad de influir en el mercado de las ideas), para volver así un viaje panorámico en una vivencia personal.

VII. El funcionalismo o realismo

Como ya lo mencionamos, puede indicarse que el funcionalismo o realismo es una propuesta positivista, pero por sus grandes diferencias con el normativismo o estructuralismo, se le suele llamar a estos últimos, simplemente,

---

debate es mucho lo que se ha escrito, en especial: Bulygin, Eugenio y Moncada, Daniel, *Normas y sistemas normativo*, Madrid, Marcial Pons, 2005, especialmente pp. 11-24. Dos buenos textos pedagógicos sobre la teoría de la norma (incluso sobre la estructura de la norma y las normas jurídicas no independientes), en Robles, Gregorio, "Consideraciones sobre la teoría de la norma jurídica en Kelsen", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 60, 1980, pp. 47-64. García Ramírez, Julián, "Concepciones sobre la norma jurídica. Una aproximación textual", en Valderrama Bedoya, Francisco (coord.), *Teoría del derecho*, 2a. ed., Medellín, Universidad de Medellín, 2011, pp. 171-212.

[182] El debate entre Cossio y Kelsen tuvo ribetes dramáticos e, incluso, políticos tanto en la propia Argentina como en otros países (sobre sus implicaciones y contexto, ver: Sarlo, Oscar, *op. cit.*, nota 144, pp. 401-425; una buena presentación del pensamiento cossiano y su relación con la TPD, en: Cracogna, Dante, *Cossio y la Teoría Egológica del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006). Baste mencionar que Cossio, en su afán de publicidad para su propia teoría, publicó -sin permiso de Kelsen- una recopilación de las conferencias del austriaco, de conversaciones privadas en la visita que este hizo a Buenos Aires en 1949 y las réplicas del argentino (Kelsen, Hans y Cossio, Carlos, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952), que luego fue retirada de circulación por orden expresa de Kelsen. El padre de la TPD, en un texto fuerte, explicó los motivos por los que pidió el retiro de la obra y minimizó los alcances de susodicho debate (ver: Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 159 –se trata de una reimpresión del texto original publicado en la década de los 50 del siglo XX-). Este último trabajo fue traducido del alemán por Eduardo García Máynez [1908-1993], un destacado iusnaturalista mexicano, crítico de la TPD pero igualmente respetuoso del legado del maestro austriaco, quien tuvo varios debates con Cossio, en especial sobre el concepto de libertad (algo básico sobre este autor mexicano, donde se menciona el triángulo Kelsen-Cossio-García, en: Flores, Imer B, *Eduardo García Máynez (1908-1993). Vida y obra*, México, UNAM, 2007, especialmente pp. 5-21).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

como "positivistas". ¿Y por qué el realismo? Como ya pudo percibirlo el lector, el estructuralismo centra su pretensión científica, fundamentalmente, en la descripción y el análisis del derecho como un conjunto normativo que a sí mismo se valida, dejando de lado, o minimizando hasta el máximo posible, los hechos sociales que son identificados como derecho. En cambio, el realismo considera que una buena ciencia positiva sobre el derecho debe partir no tanto del discurso imperativo (la norma) sino desde los hechos sociales o psicológicos que son identificados por los individuos como "derecho". Partir, pues, desde la realidad o desde la función social o judicial para construir, a partir de allí, el discurso científico (como una propuesta para el positivismo metodológico) y determinar el derecho válido (como propuesta para el positivismo teórico) es la pretensión que caracteriza a esta escuela.

Los realistas o funcionalistas son de variada clase. Por efectos estrictamente expositivo-pedagógicos podríamos hablar de realistas sociológicos y judiciales. Los primeros son aquellos que centran sus estudios en qué es lo que en las comunidades, más allá de los operadores jurídicos, se concibe como derecho, observando en muchos casos que los sistemas normativos que son considerados como obligatorios e, incluso, coercitivos, son bien diferentes de los sistemas normativos estatales. En este campo, hay que decirlo, brillan muchos movimientos académicos latinoamericanos que investigan por las normas eficaces en comunidades concretas, y encuentran, entre otras cosas, que el Estado no logró (y aún no ha logrado) un monopolio de la fuerza (ni siquiera de la violencia que es un tipo de fuerza) en muchas partes de los territorios,[183] vacío que es llenado por toda una variedad de organizaciones, algunas de las cuales pueden ser calificadas sin tapujo alguno como verdaderas organizaciones criminales. Es en este sentido que podría decirse que hay "justicias" para-estatales cuando la organización que ofrece un derecho y un sistema judicial de respaldo lo hace sin pretender la supresión o el rechazo abierto del Estado, y justicias contra-estatales,

[183] Siendo esto una de las característica de los Estados fallidos, concepto tan caro a la teoría política contemporánea. Ver, al respecto: Rotberg, Robert I, "El fracaso y el colapso de los estados-nación: descomposición, prevención y reparación", en Rotberg, Robert I., Clapham, Christopher y Herbst, Jeffrey, *Los estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso. Estudio preliminar de Patricia Moncada Roa,* Bogotá, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pp. 151-237 (especialmente pp. 225-231).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cuando las normas emitidas y el sistema judicial de respaldo se muestran como una supresión expresa de la intención monopolizadora del Estado.[184]

Igualmente, el realismo sociológico, especialmente en sus vertientes latinoamericanas, ha logrado plantearse la función que desempeña el derecho en la sociedad, que en algunas oportunidades se muestra a sí mismo como un mecanismo de dominación y en otras como de esperanza, en una dualidad muy compleja y que explica, en mucho, la suerte ambivalente de lo jurídico en los territorios: es reclamado y, a la vez, objeto de sospecha por los mismos actores sociales.[185] Aquí caben, por ejemplo, muchos estudios de género sobre el marcado perfil machista de muchos institutos jurídicos,[186] así como trabajos críticos sobre el derecho estatal que, en la realidad social, ratifica modelos de dominación.[187]

Ahora bien, el realismo sociológico ha recibido algunas críticas, algunas más apremiantes que otras, a saber: 1) Se centra en el estudio de lo que circula realmente como derecho, por lo cual podría llegar a suplir la "vigencia" por la "eficacia". Derecho sería, pues, lo que es eficaz, lo que es real, pero esto supondría renunciar a un componente fundamental de toda

[184] Sobre el pluralismo jurídico y judicial en América Latina, puede verse: Wolkmer, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico,* Bogotá, Ilsa, 2003 (este texto cuenta con una segunda edición: México, Ilsa, la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y la Comisión Estatal de Derecho Humanos, San Luis Potosí, 2006). García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César A (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2003. Igualmente los trabajos recopilados en: Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (eds.), *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Tomos I y II, Siglo del Hombre Editores, 2001. Sobre la justicia para y contra-estatal, ver: Botero, Andrés, "Diagnóstico de la eficacia del derecho en Colombia", en Botero, Andrés, *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010, pp. 1-85.

[185] Sobre esta dualidad en el derecho, ver: García Villegas, Mauricio, "Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano", en: *Opinión Jurídica*, Colombia, Universidad de Medellín, Vol. 4, núm. 8, 2005, pp. 53-71. Igualmente, García Villegas, Mauricio, "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio, *¿Justicia para todos?: Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006, pp. 201-233.

[186] Podría mencionarse, como ejemplo de los muchos trabajos escritos en español, en esta línea: Martínez Roaro, Ester, *Sexualidad, derecho y cristianismo: visión bioética desde una perspectiva de género*, 2a. ed., Instituto Cultural de Aguascalientes, 2000.

[187] Sobre los sistemas de dominación a partir del derecho, puede verse, por ejemplo: Ruiz, Alicia E. C, *Idas y vueltas: por una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2001. Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998. Igualmente, Cárcova, Carlos María, "La teoría jurídica desde perspectivas críticas", en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho argentina*. Buenos Aires, Temis, 2008, pp. 50-75.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

norma: la motivación de conductas, el ideal del deber ser, de modificar realidades. Una norma solo sería tal cuando la conducta que motiva ya es real, y si es así: ¿qué pasa con la norma que recién es emitida invitando, por medio de la coerción, a cambiar un comportamiento social? Pues no sería derecho en tanto aún no es eficaz. 2) El realismo, si quiere ser consecuente con su planteamiento básico, debe ser descriptivo y no propositivo, pues el deber ser no es, por sí, realidad actuante. Entonces, muchos trabajos críticos, que cuestionan el derecho tal cual como es, pues no podrían ser escuelas realistas en sentido estricto, aunque partan del análisis de la función social del derecho, pasando más a ser teoría política que ciencia jurídica. 3) Desaparecen las fronteras conceptuales y, por ende, epistemológicas entre "ser" y "deber ser"; primero, al momento de determinar qué es norma (lo que es conocido como sistema de primer grado, pues alude al discurso normativo) ya que en el realismo la eficacia (con su causalidad) y la validez (con su imputación) se confunden; segundo, al momento de elaborarse un discurso científico que intente dar cuenta de lo que se entiende por derecho (esto es, segundo grado, pues alude al discurso que se elabora sobre otro discurso, el normativo) pues ya no se trata de explicar el "ser" del "deber ser" (por ejemplo, describir el sistema normativo o analizar el derecho como mandato) sino de plantear, en ciertos casos del realismo, el "deber ser" del "deber ser" (verbigracia, señalar cómo debe ser la norma o el derecho para que dejase de ser un instrumento de opresión).[188] En este último caso, ciertas posturas realistas terminan actuando de forma muy similar al iusnaturalismo que es, claramente, un discurso sobre cómo debe ser el discurso normativo. Todo esto, por demás, invita a reflexiones mayores sobre la cuestión de si lo que sucede fenomenológicamente es fundamento de lo que debería suceder normativamente, asunto que nos remite a la ya famosa falacia naturalista; además, así se difuminan las fronteras disciplinarias entre la sociología jurídica, la psicología forense, la teoría política y la filosofía del derecho. De esta forma, el *corpus* propio de la iusfilosofía, construida fundamentalmente en torno a los ejes del iusnaturalismo (especialmente en el siglo XIX y principios del XX) y del estructuralismo (fundamentalmente bajo la influencia de la TPD ya entrado el siglo XX) se perdería, desdibujándose toda posibilidad de identidad disciplinaria; aun-

[188] Sobre las diferencias entre sistema de primer y segundo grado, en las relaciones entre "ser" y "deber ser", véase: Grün, Ernesto y Botero, Andrés, "Hacia una teoría sistémico-cibernética del Derecho", *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 117, julio-diciembre, 2008, pp. 41-64 (especialmente, pp. 51-54).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que esto último tal vez no sea una crítica si se parte de la crisis de la fragmentación de las disciplinas y la instauración de un nuevo perfil epistémico basado en la multi, inter y transdisciplinariedad. 4) Las teorías realistas terminan sustentando posturas normativistas, en tanto que la norma estatal circula socialmente, en especial entre los operadores jurídicos, como algo real y con clara operatividad, con lo cual lo que cambia es el punto de partida pero no necesariamente el punto de llegada: el derecho como ordenamiento normativo.[189]

El realismo judicial es aquel que si bien parte del mismo sustrato sociológico del anterior, esto es, partir de hechos sociales verificables por el investigador, considera que el juez es el agente más relevante en el mundo fenomenológico del derecho, por lo cual cualquier discurso jurídico debe partir del análisis de la función judicial, no en su deber ser, sino en su realidad. Se construye, pues, una teoría sobre qué es el derecho a partir de la actividad social de los jueces, asunto que, por demás, es mucho más fácil en los modelos de *Common Law*" donde es el juez el corazón, el núcleo mismo del sistema. ¿Cómo no ser realista judicial en una familia jurídica donde la principal fuente de derecho es la costumbre judicial? Esto explica por qué el realismo judicial nace en Estados Unidos e Inglaterra como jurisprudencia sociológica, y cómo a partir de allí se forja un modelo especial de sociología jurídica,[190] a diferencia del mundo continental europeo y latinoamericano, donde la sociología del derecho nace y se fortalece, fundamentalmente, como una reacción en contra del normativismo imperante.[191]

Ahora bien, con ánimos expositivos, una de las mayores escuelas de realismo judicial la encontramos en el mundo anglosajón, en especial en Estados Unidos a finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX: el REALISMO JURÍDICO AMERICANO O ESTADOUNIDENSE. Esta escuela se funda sobre las enseñanzas de la jurisprudencia del derecho libre (por su enfoque en la actividad judicial), en las del utilitarismo (al concebir el derecho como

[189] Por ejemplo, Ross, un gran defensor del realismo, termina por construir una teoría de la norma, expresada en: Ross, Alf, *op. cit.*, nota 144.

[190] Aspecto desarrollado, entre otros, por Deflem, Mathieu, *Sociology of law: Visions of a scholarly tradition*, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 97-116. Igualmente, Deflem, Mathieu, "Jurisprudencia sociológica y sociología del derecho", trad. de Andrés Botero, *Opinión Jurídica*, Colombia, Universidad de Medellín, Vol. 5, núm. 10, julio-diciembre, 2006, pp. 105-119.

[191] Sobre las diferencias de la sociología jurídica en Estados Unidos y Europa (junto a Latinoamérica), ver: García Villegas, Mauricio, "Comparative sociology of law: legal fields, legal scholarships, and social sciences in Europe and the United States", *Law and Social Inquiry*, 31 (2), 2006, pp. 343-382.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

un instrumento para el cumplimiento de ciertos fines sociales) y en las del positivismo científico (por su afán de ser una ciencia empírica). Además, se desarrolla, inicialmente, gracias a autores que a su vez se desempeñaron como jueces (Holmes[192] [1841-1935], Cardozo [1870-1938], Frank [1889-1957], entre otros) y posteriormente por los trabajos de profesores universitarios (como el caso de Pound [1870-1964] o Llewellyn [1893-1962], por citar dos casos).

Este movimiento critica al formalismo o "*Classical Legal Thought*",[193] imperante en aquel entonces en los estudios jurídicos y en los estrados judiciales, que observaba a los jueces como sujetos sometidos al derecho, y a las sentencias como deducción lógica de las normas preexistentes. Además, se apoya en el desarrollo de las ciencias empíricas en el mundo anglosajón para estudiar cómo los jueces (que son la médula del *Common Law*) realmente sentencian, y plantea que estos no se basan exclusivamente en las normas preexistentes para tomar sus decisiones, sino que estas son fruto de múltiples causas (psicológicas, sociales, económicas, morales, jurídicas, etc.). Justo aquí podemos observar, dentro de esta escuela, dos tendencias: una radical o fuerte que señala que el juez realmente no está sometido a ninguna norma jurídica, salvo las que él, por su propia voluntad, desea acatar; y una más moderada que plantea que los jueces sí aceptan la existencia de normas jurídicas anteriores a la decisión pero las usan como una fuente más, pero ni siquiera como la más determinante en las sentencias. Entonces, para los realistas fuertes, no hay derecho vinculante anterior ni superior al juez, por lo que "ninguna ley es derecho hasta que sea efectivamente aplicada por un tribunal"[194] (o, como se ha hecho común oír a la tradición filosófica, "derecho es lo que los jueces digan"), y es precisamente a esta ala radical a la que se han dirigido las mayores críticas, como lo veremos más adelante. Justo por todo esto es que no puede hablarse de "un" realismo estadounidense, sino de un conglomerado de pensamientos, más o menos difusos, pero con algunas características comunes, que, a pesar de lo que puede creerse, se gestaron en una continua comunicación (ya sea para

[192] Sugerimos la lectura de: Holmes, Oliver Wendell, "The path of the law", *Harvard Law Review*, Vol. X, 1897, núm. 8, pp. pp. 457-478. Existe una versión en español, con traducción y estudio preliminar de José Ignacio Solar, editado por Marcial Pons (Madrid, 2012).

[193] Según: Kennedy, Duncan, "Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Thought in America, 1850-1940", *Research in Law and Sociology*, vol. 3, 1980, pp. 3-24.

[194] Hart, H.L.A, *op. cit.*, nota 113, p. 81.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

préstamos conceptuales, debates epistemológicos, etc.) con la evolución del pensamiento jurídico de la familia jurídico-continental o del *Civil Law*.[195]

Si se nos permite generalizar, para el realismo judicial el derecho no es un sistema pleno, ni coherente, ni hermético, ni determinado (esto es, que da seguridad y certeza jurídicas), dado que al momento de sentenciar el juez acude tanto a criterios jurídicos como no jurídicos. De esta manera, aunque el sistema normativo "en el papel"[196] sea claro en lo que debe sentenciarse, aunque el ordenamiento jurídico aparentemente no tenga lagunas, el juez al momento de decidir no acude solo a las normas, por lo que la supuesta plenitud del sistema normativo se pierde por completo. Incluso, cuando el juez acude a las normas previas no aplica siempre el mismo procedimiento interpretativo de las mismas, en tanto que las razones no jurídicas determinan, en mucho, la forma como se acerca al derecho preexistente, por lo cual el sistema normativo no es hermético lógicamente.

Sin embargo, esto no lleva a esta escuela a rechazar la predicción como un componente esencial en el derecho. La labor del abogado está plagada de juicios de predictibilidad que este hace ante el cliente en el sentido de que con base en su experiencia (de nuevo el asunto empírico) el litigante le informa a su cliente si hay probabilidades o no de ganar un caso. Así, la labor del realista jurídico es, por medio de investigaciones de campo y observando el derecho eficaz, la de encontrar ciertos patrones o guías de conducta en los jueces para poder así predecir, con cierto margen de confiabilidad, el contenido de la decisión judicial. De esta forma, lo que es considerado en una sociedad como un derecho subjetivo no es más que una predicción o profecía acerca de lo que se cree, fundado en la experiencia –para los abogados– o en la investigación empírica –para los académicos–, de lo que los jueces decidirán si tuvieren que decidir un caso donde tal derecho está en juego. Entonces, se estudia pues el pasado del juez para prever a futuro sus decisiones.

En este sentido, este realismo se propone dar una explicación de la decisión judicial, asunto que es fundamental para el sistema de fuentes del

[195] Tal como lo pone en evidencia, Petit, Carlos, *op. cit.*, nota 95. Petit, Carlos, *op. cit.*, nota 101. Petit, Carlos, "Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la Modern Criminal Science americana", *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 36, 2007, pp. 801-900.

[196] Pound diferenció el *law in books* (derecho escrito en el papel) del *law in action* (el derecho vivo, el eficaz). Como buen realista, sugiere centrar los estudios jurídicos en esta segunda categoría. Pound, Roscoe, "Law in books and Law in Action", *American Law Review*, 44, 1910, pp. 12-36.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Common Law, a partir de modelos empíricos y planteando la necesidad de separar, en dichos estudios, la moral de la realidad, lo que se desea que suceda de lo que efectivamente se registra como algo que sucede. Pero esta separación entre la moral y el derecho eficaz no lleva a esta escuela a considerar que el juez no sentencia con base en sus parámetros morales; por el contrario, afirma que la moralidad, con su creencia de lo que es justo, es una causa fundamental, más fuerte que las normas jurídicas preexistentes a la sentencia judicial. Agregamos que aquí, esta escuela, en especial Holmes,[197] aclara adicionalmente que la obediencia al derecho puede ser concebida, en la práctica, bajo dos estereotipos: el "buen hombre" que obedece al derecho por sus convicciones morales y la del "mal hombre" que obedece al derecho por miedo a la sanción que él predice le sobrevendría si actúa de cierta manera. Por tanto, la moral no es determinante ni necesaria para el cumplimiento de la norma, lo que lleva a esta teoría a plantear la necesidad de diferenciar la moral del derecho.

Volviendo sobre el tema de la neutralidad del investigador, su concepción de que el investigador registra sin más la realidad no le impide que luego, con base en estos resultados obtenidos, haga otro tipo de juicios diferentes a los meramente descriptivos. Así, con el paso de los años y gracias a lo aportado desde la academia universitaria, se sumó a esta escuela un aire analítico e incluso propositivo de cómo podría funcionar mejor el sistema jurídico en general y el judicial en particular para cumplir los fines sociales a los que el derecho apunta (aquí se ve con claridad el acento utilitarista de la teoría). Además, aconsejaba la escuela, cosa clara en Holmes, vincular a los estudios realistas la economía (pues así se da cuenta de los costos requeridos para alcanzar los fines del derecho) y la historia (que permite la comprensión del presente). Ya más recientemente, la escuela ha evolucionado a modelos mucho más cercanos a la teoría crítica, a la vez que ha influenciado, por lo acabado de decir, (i) en la iushistoria crítica que se hace actualmente en Estados Unidos y (ii) en la escuela del ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, tan fuerte en este mismo país.

Ya podemos entonces apreciar por qué el apelativo de realista que se atribuyó esta escuela. En primer lugar, porque pretenden mostrar cómo se decide judicialmente en el mundo real, es decir, cómo funciona el derecho eficaz, para lo cual se debe partir de meras descripciones de lo acontecido en la realidad judicial. Y en segundo lugar, porque al basarse en las cien-

[197] Holmes, Oliver Wendell, *op. cit.*, nota 192.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cias empíricas pretenden obtener un estatuto de cientificidad y de veracidad que les es atribuible a los que investigan sobre objetos reales, es decir, verificables. Este último es otro motivo que les permite atribuirse el carácter de "positivistas".

Para ir concluyendo con esta escuela, habrá que hacer dos observaciones importantes. La primera de ellas tiene que ver con las críticas que esta recibió. Tanto Kelsen como Hart consideraron esta escuela como un movimiento que invisibiliza la norma general y que reduce el derecho a la sentencia. Desde la TPD, resumiendo, el realismo estadounidense se camufla como escuela jurídica cuando en verdad sería un movimiento de sociología y psicología judiciales. Además, para la TPD, el cómo surge la norma (entre ellas la sentencia) no es un asunto que le compete al dogmático, y si los jueces, de forma general y reiterada en el tiempo, decidieron ignorar una norma vigente para imponer en sus sentencias, que son normas jurídicas, otro criterio diferente, lo que hicieron fue simplemente (i) una mutación (fruto de la nomodinámica) del sentido de la norma preexistente (es decir, los jueces encontraron un nuevo sentido alternativo de la norma por lo que esta dejó así de ser ignorada), o (ii) una derogación si se cumplen los requisitos propios del desuso. También dice Kelsen que las predicciones hechas por el jurista con base en su experiencia o por el académico a partir de sus investigaciones no pueden confundirse con la norma jurídica, puesto que aquellas trabajan con juicios descriptivo-analíticos, mientras que la norma lo hace con juicios propositivos; todo esto es fruto, considera el autor austríaco, de confundir validez con eficacia[198]. Por último, afirma que no puede reducirse el derecho a las sentencias, puesto que estas se vuelven normas jurídicas válidas justo por la existencia de normas preexistentes a la decisión. Sin estas normas preexistentes y superiores, la sentencia no sería tal.

Por su parte, para Hart[199] esta escuela implica un escepticismo frente a las reglas en la medida que tienden a ignorar el peso que estas tienen en las decisiones judiciales y, a lo sumo, el realismo estadounidense termina siendo solo interesante para una "teoría del papel de las reglas en la decisión judicial".[200] Y es que para este autor inglés, los jueces "constantemente expresan en términos normativos su aceptación compartida del derecho

[198] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, pp. 100-103.

[199] Hart, H.L.A, *op. cit.*, nota 113, pp. 81-82 y 169-183. Igualmente, Hart, H.L.A., "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", en Casanovas Romeu, Pompeu & Moreso, Josep Joan (ed.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-352.

[200] Hart, H.L.A, *op. cit.*, nota 113, p. 172.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

como (su) guía de conducta".[201] En consecuencia, y como fruto de la regla de reconocimiento, los jueces se someten a las normas jurídicas pues las han aceptado como "criterio jurídico de conducta" por lo que la validez de las normas no deviene de las sentencias sino lo contrario, la validez de la sentencia se da gracias a las normas jurídicas que le preceden. Por último, indica que la desobediencia de un juez al rechazar el sistema normativo previo a la decisión es una posibilidad fáctica, puesto que ninguna norma está exenta de ser desobedecida, pero que de la ignorancia o del desobedecimiento del juez ante las normas no se puede deducir que el ordenamiento normativo ha perdido validez o que su validez depende de la voluntad del juez al momento de fallar.

No obstante, sí hay algo que aclarar ante los críticos de esta escuela. La mayoría de estas críticas solo acechan a los realistas más radicales, pero no todos los autores realistas han negado la existencia de normas válidas previas a la decisión judicial, por lo que no padecen del escepticismo conceptual que aduce Hart. Los moderados son, eso sí, escépticos empíricos, esto es, que dudan del papel real que tiene la norma válida en la decisión judicial, apoyados, hay que decirlo, en muchos trabajos estadísticos y de sociología aplicada.[202]

La segunda observación es que el estudio de los autores antiformalistas estadounidenses llamó (y aún llama) mucho la atención, pues con ellos se creyó posible una superación de la crisis del *Civil Law* durante la primera mitad del siglo XX (recordemos los trabajos de derecho comparado hechos por Lambert, que ya mencionamos) o como una forma de dar cuenta de los procesos hegemónicos gestados en Estados Unidos,[203] que llevaron, entre otras cosas, a una exportación gradual del sistema jurídico anglosajón y a su recepción creativa por parte de la familia jurídico-continental.

Igualmente, desde finales del siglo XIX pero con mayor fuerza a mediados del siglo XX, aparece el REALISMO ESCANDINAVO,[204] especialmen-

[201] *Ibídem*, p. 172.

[202] Para ampliar el conocimiento de esta escuela, recomendamos la lectura del siguiente texto, que tiene la virtud de la claridad y la síntesis: Jiménez, Roberto M., "Realismo jurídico americano", en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e instituciones, Tomo III, P-Z*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 1471-1477.

[203] Entre estos estudios, cobra especial fuerza el trabajo, ya clásico, de: Tarello, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, Milán, Giuffrè, 1962. En español: García Ruiz, Leopoldo, *Derecho, intereses y civilización: el pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Granada, Comares, 2002.

[204] Una buena síntesis de esta escuela, en: López Calera, Nicolás María, *op. cit.*, nota 157, pp. 109-123.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

te de la mano del sueco Hägerström [1868-1939] quien por su actitud radical antimetafísica no solo se enfrenta al iusnaturalismo sino también a los normativistas. Frente al iusnaturalismo, Hägerström considera que las valoraciones morales no son verdaderas ni falsas en tanto son meros acontecimientos psíquicos sin valor objetivo; en consecuencia, el derecho natural no es más que una superstición, una herencia metafísica que da lugar al absolutismo teológico. Frente al normativismo estatalista, nuestro autor señala que no existe una "voluntad del Estado" que se expresa en normas, sino juegos de poder, valoraciones personales y tomas de posición por parte de individuos y fuerzas sociales concretos; en consecuencia, denuncia al estatalismo como una manifestación mítica que camufla un nuevo absolutismo: el dios Estado. Es por esto que este autor considera que el realismo –al recalcar el origen empírico, psicológico, social y concreto del derecho– desmonta el fanatismo tanto teológico como político. Además, critica los conceptos jurídicos básicos del derecho por su pretendida racionalidad y universalidad, como el de obligación para dar un caso, al considerar que en ellos se esconden representaciones míticas propias de la metafísica. También, se opone a las posturas (por ejemplo, la jurisprudencia de intereses) que señalan que el derecho tiene vía libre a la cientificidad si se construye como "ciencia del espíritu". Manifiesta que este supuesto discurso científico-jurídico se ha construido por fuera de la realidad y con base en elaboraciones conceptuales que esconden rastros del pensamiento mágico. El derecho, es, en últimas, una forma de manifestarse individuos y fuerzas sociales que se camuflan en entelequias, en ideales que deben ser rechazados por el realista.[205] Esto implica (aspecto que desarrollarán casi todos los miembros de la escuela) que el lenguaje jurídico debe ser depurado, de manera tal que sobrevivan sólo juicios que indiquen con claridad hechos objetivos y verificables, lo que permitirá desideologizar y desmitificar el derecho a la vez que daría bases sólidas a su pretensión de ser una ciencia de verdad,

[205] Cassirer cuestiona el pensamiento de Hägerström por los siguientes motivos: a) ¿El repudio al fanatismo no es una reivindicación de valores universales rechazados por el autor sueco? b) ¿Existe una realidad objetiva de la que se pueda partir? ¿Acaso lo que se denomina "realidad empírica" no es una creencia -y por tanto una idea metafísica- del observador? c) ¿Se puede rechazar las ciencias del espíritu cuando la construcción realista parte justo de la psicología y la sociología que son ciencias del espíritu?; d) ¿El mito es desligable de la conciencia simbólica del hombre? ¿Acaso el mito, rechazado por Hägerström, no hace parte del mundo simbólico que da lugar a la cultura humana? ¿Es posible el derecho por fuera del mundo simbólico que exige interpretaciones más que verificaciones de hechos? Cfr. Cassirer, Ernst, *Filosofía moral, derecho y metafísica: un diálogo con Axel Hägerström*, trad. Roberto Aramayo, Barcelona, Herder, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

esto es, una ciencia realista. Justo en este último punto queda a la luz una diferencia más del realismo con la TPD, en la medida que esta última considera que el lenguaje jurídico, al ser parte del mundo de la imputación y no de la causalidad, no puede ser verificativo de la realidad objetiva.

Le sigue su discípulo Lundstedt [1882-1955] quien va más allá del maestro para indicar que el derecho se ha construido sobre ideas abstractas imposibles de demostrar en la experiencia, como "derechos", "obligaciones", "justicia", "dolo", "culpa", "responsabilidad", etc., que son fantasías que, por carecer de contenido, terminan por abarcar cualquier categoría. Entonces, la norma no tiene por qué definirse como un imperativo fruto de una voluntad, sino solo como la necesidad de vivir en sociedad, por lo que se recurre a la norma como la mejor forma de lograr el bienestar social, pero no la justicia, aunque cada norma termine siendo el resultado de fuerzas sociales que se imponen unas sobre otras que no admiten ser juzgadas moralmente, pues no hay una moral objetiva.

A continuación sigue Olivecrona [1897-1980], autor que, por demás, logró una profusa recepción en América Latina, especialmente en Argentina. Este autor parte, como sus antecesores, de negar el normativismo (pues cómo puede, a partir de hechos como el sentimiento de obligatoriedad frente a la norma, del derecho entendido como un hecho, explicar efectos en el deber ser) y el iusnaturalismo (pues no hay valores que trascienden a los hechos, sino sentimientos concretos). Define el derecho como una fuerza (que ejerce presión psicológica verificable experimentalmente pero, a veces, debe recurrir a la fuerza física para terminar de respaldar la presión psicológica de obedecimiento en los miembros de la comunidad, esto es, actualizar el miedo al castigo)[206] pero organizada burocráticamente y por reglas jurídicas que son habitualmente respetadas por la población, logrando así la convivencia y el bienestar social. Así, con el tiempo, la posibilidad efectiva de ser castigado se reduce en la medida que la norma sea interiorizada por el ciudadano hasta llegar al punto de que se vuelve el cumpli-

[206] Dice Menelao, en la tragedia "Áyax" de Sófocles: "Nunca serán obedecidas las leyes en ciudad en que no haya temor, ni podrá ser bien mandado un ejército sin la expectativa de los premios y castigos. Es preciso, pues, que el hombre, por grande y valiente que sea, considere que puede caer al más pequeño tropiezo. Ten en cuenta que el temor y la humildad son la salvación de aquel a quien acompañan; y considera que la ciudad donde se permita insultar y hacer lo que a cada uno le dé la gana, decayendo poco a poco de su florecimiento, se precipita en los abismos. Haya, pues, siempre cierto saludable temor; y no creamos que haciendo lo que nos plazca, no hemos de sufrir luego, pagando las consecuencias". SÓFOCLES, *Tragedias,* trad. Fernando Segundo, Madrid, EDAF, 1985. p. 65.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

miento del derecho algo habitual surgiendo también reglas morales que valoran positivamente las normas y la convivencia que de su cumplimiento se desprende; pero no por ello el derecho puede renunciar, incluso en sociedades donde es habitual el cumplimiento de la norma, a amenazar con el uso de su fuerza organizada a quien lo desobedezca, para lo cual, como ya dijimos, actualiza dicho miedo por medio de sanciones individuales. Con el paso del tiempo, por el hábito surgido del miedo, el Estado se perfila como el único productor de derecho, y sus normas terminan por ser obedecidas como algo "natural" a partir de mitos útiles como los de jerarquía normativa, validez, etc.[207]

Le sigue Alf Ross, del que ya hemos hablado. Ross comparte junto a Kelsen la perspectiva de que el positivismo es, fundamentalmente, una postura antimetafísica,[208] a la que agrega, a diferencia del austríaco, otra empírica, entendiendo por tal una síntesis del realismo psicológico y del realismo socio-conductista de sus predecesores en la escuela, que lo llevará a articularse de forma creativa a un realismo judicial: en la medida que una norma es vigente no desde un análisis lógico del ordenamiento jerárquico, sino solo si se puede suponer con fundamentos satisfactorios (juicio de predictibilidad) que dicha norma será aceptada por los jueces como base de sus decisiones. De esta manera, las predicciones están basadas en juicios empíricos de acatamiento de los jueces pero que, igualmente, pueden extenderse a todos los ciudadanos: ¿qué normas podemos predecir serán obedecidas por la gente? Este juicio de predictibilidad podría arrojar que la gente en general y los jueces en particular se sienten obligados frente a normas emitidas por un órgano o institución en concreto, por lo cual podría construirse la imagen de un ordenamiento jurídico, con jerarquía incluso, pero no desde una norma supuesta sino desde la observación empírica, que toma, por decir algo, que la constitución está por encima de la ley del parlamento. No obstante, esto lleva a preguntarse a Guibourg:

[207] Sobre esta postura, dice críticamente Guibourg que "la ciencia del derecho (o el estudio del derecho, o la actividad de los juristas, si se quiere) no trata solo de describir o explicar el hecho jurídico-social: también pretende establecer un sistema de argumentaciones que puedan considerarse intrasistemáticamente válidas y que permiten un diálogo persuasivo entre súbditos y órganos estatales, fundado en reglas de juego conocidas y presumiblemente aceptadas. Y un sistema como el de Olivecrona no facilita esa actividad al reemplazar la sólida pirámide por una duna más o menos volátil" (Guibourg, Ricardo A, *op. cit.*, nota 14, p. 71). Así, ante la fuerza de cualquier autoridad, no cabría argumento jurídico de protección, sino un solo juicio de esperanza de que dicha fuerza, en un futuro, no logre el acatamiento general.

[208] Ross, Alf, El concepto…, *op. cit.*, nota 149, p. 11.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> ¿Cómo mantener el esquema formal de la relación entre autoridades superior e inferiores, cada una dentro de sus límites y en ejercicio de su competencia, frente a la tesis –ahora más explícita- según la cual la vigencia de cada norma (y, entre ellas, también las de competencia) depende de la previsibilidad de su acatamiento?[209]

Pero la escuela no termina con Ross, aunque, por motivos de espacio, sus seguidores no serán trabajados en este escrito.

Ahora bien, estos autores parten de una clara intención de estudio del derecho como realidad social para llegar, paulatinamente, a considerar que la realidad social organizada que es el derecho, descansa en la función judicial. Pero va más allá al señalar que el sistema normativo podría fundamentarse en los análisis del quehacer de los jueces, de forma tal que el normativismo podría sustentarse como discurso científico si parte no de una norma hipotética o de una ficción, sino del reconocimiento de un prejuicio social, basado en el hábito y/o en el miedo, que considera que el derecho es lo que los jueces dicen que es derecho, asunto que originó un fuerte debate entre Kelsen y Ross del que algo ya se comentó y que, por demás, ninguno termina por derrotar definitivamente al otro.

Claro está que no siempre ha existido una oposición radical entre normativismo y funcionalismo. Han existido variados intentos de combinar ambos movimientos, réplicas, aunque tal vez con menores resultados que los logrados en la sociología cuando Parsons planteó la posibilidad de una teoría estructural-funcionalista.[210] En el caso de la iusfilosofía podemos enlistar, a manera de ejemplo, como pretensiones de relación entre estas esferas posturas: 1) De la estructura a la función, modelo planteado por Bobbio (y que ya se veía en su *Teoría general del derecho*[211] pero con mayor

[209] Guibourg, Ricardo A, *op. cit.*, nota 14, p. 67. Esto lleva al autor argentino a sostener que existen dentro del positivismo dos posturas académicas, unas que permiten entender de mejor manera el derecho como sistema normativo, y otras que describen adecuadamente al derecho como realidad. Así, una teoría del derecho positivista puede partir desde cualquiera de estas dos corrientes, con utilidad para diversos propósitos; pero si analiza al derecho desde los dos puntos de vista al mismo tiempo cae, necesariamente, en profundas contradicciones.

[210] Sobre la importancia del planteamiento sincrético de Parsons para la sociología (y para la sociología del derecho), ver: Deflem, Mathieu, Sociology of…, *op. cit.*, nota 190, pp. 108-115.

[211] Bobbio, Norberto, "Prólogo a la edición castellana", en Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 11, pp. VII-X (especialmente, p. IX, donde hace referencia explícita como resurgimiento del funcionalismo a Luhmann [1927-1998]). Igualmente, podría hablarse de cierto tridi-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

claridad en *Dalla struttura alla funzione*).[212] 2) El tridimensionalismo, expuesto por autores como Goldschmidt [1910-1987][213] y Reale [1910-2006],[214] donde se pretende la articulación de la tradición interpretativa del iusnaturalista como la más habilitada para el estudio de los valores en el derecho, del estructuralismo como el apto para el estudio de la norma y el ordenamiento, y del funcionalismo como el responsable del estudio del derecho como un hecho socio-cultural. 3) La teoría sistémica,[215] que observa al derecho como un subsistema social cumpliendo funciones (inmunológicas ante la contradicción y el conflicto) que determinan su propia estructura, para lo cual se recurre a la sistémica y las teorías de la complejidad como principal forma de comprender el derecho más allá de la fragmentación impuesta por la Modernidad. Pero la explicación de estos movimientos implicaría escritos más largos y más pretensiosos que el que ahora se presenta.

---

mensionalismo en Bobbio cuando acepta tres dimensiones del derecho, relacionadas entre sí pero independientes: justicia, validez y eficacia. *Ibídem*, pp. 20-38.

[212] Bobbio, Norberto, *Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi di teoría del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977.

[213] El movimiento, en general, es denominado tridimensionalismo, pero la teoría de este autor en concreto es conocida como trialismo. Explicado en: Goldshmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª. ed., Buenos Aires, Depalma, 1987. Más claridad pedagógica en: Pezzetta, Silvina, "El marco teórico del trialismo de Werner Goldschmidt y su evolución: algunas ideas sobre los nuevos aportes teóricos", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 2007-2008, pp. 245-255 (consultable en Internet: http://www.rtfd.es/numero11/13-11.pdf). Una nueva formulación del trialismo puede encontrarse en los trabajos de Ciuro, por ejemplo: Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Bases iusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1993, pp. 21-106.

[214] Reale, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho* (1968), trad. de Ángeles Mateo, Madrid, Tecnos, 1997. Más pedagógico: Robledo Rodríguez, Alejandro, "Metodología jurídica trialista y hermenéutica en la construcción del Derecho", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 2007/2008, pp. 269-279. (consultable en Internet: http://www.rtfd.es/numero11/15-11.pdf).

[215] Donde brillan los trabajos de Luhmann, en especial para lo que nos concierne: Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974), trad. de Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Una buena introducción a su pensamiento, en: García Amado, Juan Antonio, "Introducción a la obra de Niklas Luhmann", en García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 103-198. Otra visión sistémico-jurídica, menos sociológica, está presente en: Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995. Este texto cuenta con dos ediciones actualizadas: Dunken, Buenos Aires, 2004, y Lexis-Nexis y Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. Una introducción al respecto, en: Grün, Ernesto y Botero, Andrés, *op. cit.*, nota 188, pp. 41-64.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

VIII. REFLEXIONES FINALES

Un objeto puede ser estudiado desde muchas perspectivas, siendo cada una de ellas válida si se juzga desde los parámetros adecuados. Y esto no solo cobija al derecho mismo sino también a un estudio sobre el positivismo jurídico. Por ejemplo, se puede hacer una historia del positivismo desde la dualidad razón-voluntad, tal como lo hizo en su momento Costa, dejando en claro cómo el surgimiento del Estado, como poder, implicó que el derecho (como norma imperativa y como reflexión) buscara ya su identidad con el Estado mismo (la exégesis, por ejemplo, al señalar que solo es válida la voluntad del Estado, buscaba la armonía entre razón y voluntad a partir de la identidad del primero frente al segundo), ya su diferenciación (por ejemplo, al momento de buscar el control del querer de las mayorías). El realismo judicial, por ejemplo, vería la voluntad (el poder) en el juez, y de allí nacería la razón del derecho.

Pero también puede hacerse una historia sobre la complejidad de los horizontes de mira al verse cómo las distintas posturas hasta ahora estudiadas disputan, especialmente, por determinar cuál es el mejor "mirador" de un vasto paisaje, el cual recibiría el calificativo de "científico" sobre los demás "miradores" posibles. De esta forma, podría hacerse una historia del positivismo como una historia de la pretensión de dignificar la postura propia como científica. Así, el positivismo no ha sido más que la lucha por la definición de ciencia jurídica en un momento determinado, lo que llevaría, entre otras cosas, a establecer cuál es el mejor lugar para ver el derecho. Claro está que esto no nos puede llevar simplemente a posturas relativistas radicales, de que todo vale como ciencia, pues esto terminaría por eliminar el asombro dentro de la academia jurídica. El relativismo, así entendido, solo lleva a quitar todo *pathos* del saber y, por ende, sería lo mismo ver a no ver, discutir a no discutir… el derecho terminaría siendo todo y nada al mismo tiempo. Tampoco nos puede llevar a querer ver el derecho desde todos los ángulos, pues esto es, en la actualidad, imposible e inaudito. Si conocer qué es el derecho supone conocer todos los escenarios donde el derecho puede ser observado, llegaríamos al inactivismo académico y el desencanto total, pues nadie podría llegar a acumular tantas experiencias y digerirlas para poder plantear esquemas de comprensión generales de todas las experiencias posibles. Enfrentarse a la totalidad ya no es una opción viable, si es que lo fue en algún momento. En este sentido, una mejor propuesta, más práctica, es asumir que cualquier perspectiva es solo eso, una

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

perspectiva, y que en ciertos momentos y lugares se privilegian algunas perspectivas en vez de otras pero que ello no implica que las otras no son válidas o, peor aun, que no existan siquiera. Partir del reconocimiento de la complejidad del conocimiento conduce a actitudes más humildes, tolerantes y, necesariamente, que partan de la desconfianza constante frente a lo que se tiene por seguro, en el variopinto de discursos jurídicos que existen, pero sin llegar al punto de que todo vale, pues la discusión es y seguirá siendo el mejor motor del que dispone el discurso científico para su perfeccionamiento.

No obstante, como ya dijimos, hay muchas otras opciones de relatar la historia del positivismo. Por ejemplo, Carpintero,[216] para comprender el origen del movimiento que aquí hemos estudiado, se remonta al siglo XVII, específicamente al debate iusfilosófico existente entre los "conservadores" (liderados por Grocio) quienes afirmaban un orden metafísico inmutable, y los innovadores-nominalistas, los cuales contemplaron el orden jurídico-político como un producto de la voluntad humana, reduciéndolo, en consecuencia, a una esfera meramente normativa. Según él, los debates sobre el fundamento de nuestras obligaciones –esto es, si derivaban de esencias objetivas o, por el contrario, de la mera voluntad de los hombres– generó un vacío que destruyó, inicialmente, la noción romano-jurídica de persona (una persona que se entendía a sí misma como compenetrada con las cosas, los contratos y las leyes), y, posteriormente (bajo la influencia del materialismo y del subsecuente efecto positivista) el concepto mismo de persona humana.[217] Este sería pues, *mutatis mutandis*, una nueva lectura sobre el desencanto del derecho –en tanto fue sometido a la racionalidad instrumental– como una consecuencia de procesos de larga duración entre los que se inscribe el positivismo jurídico.

Aquí, por ejemplo, se aludió a algunas escuelas positivistas (muy pocas a decir verdad) desde algunas perspectivas de relato. El panorama que se ofrece es muy limitado pero considero que se brindan los elementos más importantes que pueden sostener una construcción posterior que le dé

[216] Carpintero Benítez, Francisco, *op. cit.*, nota 4.

[217] "Cuando el positivismo científico peligró por la tendencia general de la ciencia a convertirse en empirismo, a finales del siglo XIX, los positivistas reaccionaron y reafirmaron el mundo mágico y algo espiritual de las normas: El derecho se componía de normas, no de hechos, como son las personas con sus necesidades, y la propia noción de persona desapareció tras la realidad afirmada de las normas: No hubo que esperar a que Kelsen nos explicara que la persona es un simple punto ideal de imputación de un sector de las normas jurídicas". *Ibídem*, p. 48.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

"carne" al "esqueleto" que aquí se presenta. En consecuencia, aquí se da una visión general y, por tanto, pobre y parcial del positivismo jurídico. Será el lector quien, con base en sus cursos, lecturas (para lo cual las notas de pie de página le pueden ser muy útiles), en fin, en sus experiencias vitales, construya una buena y mejor comprensión del positivismo, utilizando estas páginas solo como un primer escalón en un conocimiento que, por vasto y denso, nunca terminará. Pero no se confunda lo ilimitado del camino, con los límites *de facto* del caminante, error muy común en varias escuelas que creen que los límites del segundo son los límites del primero.

IX. Bibliografía

Aguilar Blanc, Carlos. "Los orígenes iusnaturalistas de la filosofía jurídica nacionalsocialista en la obra política escrita de Adolf Hitler y Alfred Rosenberg", *Revista Internacional de Pensamiento Político* - I época, Vol. 8, 2013.

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971 en inglés y 1974 en español), Buenos Aires, Astrea, 1974.

Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.

_____, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, CEC, 1989.

Alonso Romero, María Paz, *Historia del proceso penal ordinario en Castilla: siglos XIII-XVIII,* Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979.

Arango Rivadeneira, Rodolfo, "Kelsen y Schmitt: dos actores políticos, dos visiones del mundo", en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011.

Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén,* 2a. ed., trad. de Carlos Ribalta, Barcelona, Debolsillo, 2006.

_____, *Los orígenes del totalitarismo*, trad. de Guillermo Solana, Madrid, Alianza, 2009.

Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, trad. de Patricio Azcárate, Buenos Aires, Losada, 2007.

_____, *La retórica*, trad. de Alberto Bernabé, Madrid, Alianza, 1998.

Armitage, David, *The declaration of Independence: A global History*, Cambridge, Harvard University, 2007.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Marxismo y filosofía del derecho*, México, Fontamara, 2004.

AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia (1861)*, México, Editora Nacional, 1974.

BERKELEY, GEORGE, *Tratado sobre los principios del conocimiento humano (1710)*, trad. Concha Cogolludo, Madrid, Gredos, 1990.

BERNUZ BENEITEZ, María José, *François Gény y el derecho: la lucha contra el método exegético*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

BLANCO GONZÁLEZ, Antonio, "El positivismo jurídico. Las doctrinas antiformalistas", en Blanco González, Antonio, et. al., *Filosofía del derecho. Las concepciones jurídicas a través de la historia*, 2ª. ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

BLICHNER, Lars Chr y MOLANDER, Anders, "Mapping juridification", en *European Law Review*, Vol. 14, núm. 1, January, 2008, pp. 36-54.

BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi di teoría del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977.

_____, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Coyoacán, Fontamara, 1999.

_____, *Teoría general del derecho*, trad.de Eduardo Rozo, Bogotá, Temis, 1987.

BORRERO, Alfonso, *La universidad desde 1800 hasta 1945. Los modelos universitarios. Simposio Permanente sobre la Universidad: XIX Seminario General Nacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

BOTERO, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho argentina*, Buenos Aires, Temis, 2008.

_____ (Coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012.

_____, "Diagnóstico de la eficacia del derecho en Colombia", en Botero, Andrés, *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010.

_____, "El modelo investigativo en la hermenéutica gadameriana", *Unipluri/versidad*, Vol. 1, núm. 3, 2001.

_____, *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Buenos Aires (Argentina), Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010.

_____, "Filosofía del Derecho e Historia del Derecho: espacios para el encuentro", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 22, Tomo II, 2010, pp. 1315-1335.

_____, "La antigua ilustración: lo que está de más y lo que no fue (propuestas neoilustradas para el sistema jurídico)", en Suñé Llinás,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Emilio (Coord.), *Filosofía jurídica y política de la Nueva Ilustración,* México, Porrúa, 2009.

_____, "La tensión entre la justicia lega y la justicia letrada durante la primera mitad del siglo XIX: el caso de Antioquia (Nueva Granada)", *Iushistoria*, Buenos Aires (Argentina), Centro de Estudios e Investigaciones, Universidad del Salvador, núm. 7, 2010.

_____, "Matices a la interpretación tradicional de la exégesis", *Revista Jurídicas*, Manizales (Colombia), Facultad de Derecho de la Universidad de Caldas, núm. 9, 2012.

_____, "Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica", en BOTERO, Andrés, *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Buenos Aires (Argentina), Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010.

_____, "O poder e os direitos: uma história florentina sobre tensões e fracassos", trad. de Alberto Arbex, *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba (Brasil), Universidade Federal do Paraná (UFPR), núm. 51, 2010.

_____, "Un marco de comprensión del avance de la investigación jurídica en Colombia", *Academia*, Argentina, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Año 5, núm. 10, 2007.

_____, "Una presidencia sin ejecutivo y sin Estado: la concentración del poder público colombiano en la contemporaneidad", *Ambiente Jurídico*, núm. 13, 2011.

BOURDIEU, Pierre, "Elementos para una sociología del campo jurídico", en Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, 2000.

BULYGIN, Eugenio y MONCADA, Daniel, *Normas y sistemas normativos,* Madrid, Marcial Pons, 2005.

CAJAS SARRIA, Mario Alberto. "Usos locales de *Tratados de Legislación Civil y Penal* de Jeremy Bentham en los inicios de la República", *Revista de Derecho, División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, Núm. 34, julio-diciembre de 2010.

CALSAMIGLIA, Alberto, *Introducción a la ciencia jurídica,* 3a. ed., Barcelona, Ariel, 1990.

CÁRCOVA, Carlos María, "La teoría jurídica desde perspectivas críticas", en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho argentina*. Buenos Aires, Temis, 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.

CARONI, Pio, *La soledad del historiador del Derecho: Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente (2005 en alemán, 2009 en italiano)*, trad. de Adela Mora y Manuel Martínez, Madrid, Universidad Carlos III, 2010.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, "Voluntad, Ausencias, y normas: el sustrato histórico del positivismo en el Derecho", *Dikaiosyne*, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, 15, 2005.

CARRIÓ, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973.

CASSIRER, Ernst, *Filosofía moral, derecho y metafísica: un diálogo con Axel Hägerström*, trad. Roberto Aramayo, Barcelona, Herder, 2010.

CAZZETTA, Giovanni, *Estado, juristas y trabajo: itinerarios del derecho del trabajo en el siglo XX*, trad. de Clara Álvarez, Marcial Pons, Madrid, 2010.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Bases iusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1993.

CLAVELL BORRAS, Javier, *Introducción a la técnica legislativa*, Buenos Aires, Fundación Banco de Boston, 1984.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, "La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt", *Cuestiones constitucionales*, núm. 15, julio-diciembre, 2006.

CORREAS, Óscar, "Presentación", en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, 2.ª ed., México, UNAM y Coyoacán, 2003.

COSTA, Pietro, *Democrazia política e stato costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006.

_____, *Iurisdictio, semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale*, Milán, Giuffrè, 1969.

_____, *Soberania, representação, democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*, trad. de este capítulo Érica Hartman, Curitiba, Juruá Editora, 2010.

CRACOGNA, DANTE, *Cossio y la teoría egológica del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

CHEVALLIER, Jean-Jacques, *Las grandes obras políticas: Desde Maquiavelo hasta nuestros días*, Bogotá, Temis, 1997.

DEFLEM, MATHIEU, "Jurisprudencia sociológica y sociología del derecho", trad. de Andrés Botero, *Opinión Jurídica*, Colombia, Universidad de Medellín, Vol. 5, núm. 10, julio-diciembre, 2006.

_____, *Sociology of law: Visions of a scholarly tradition*, New York, Cambridge University Press, 2008.

DELVINCOURT, Claude Etienne, *Institutes de droit civil français*, Paris, P. Gueffier, 1808.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ESCOBAR, Juan Camilo y MAYA, Adolfo León, *Ilustrados y republicanos: El caso de "La ruta de Nápoles" a Nueva Granada,* Medellín, Universidad Eafit, 2011.

ESCUDERO, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico: un debate sobre la incorporación de la moral,* Civitas y Universidad Carlos III, 2004.

ESTRADA, Sergio, "Filosofía del derecho y neoconstitucionalismo", en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho,* Medellín, Universidad de Medellín, 2012.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, "La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana", *Fundamentos*, Núm. 2, Oviedo-España, 2000.

FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 2a. ed., trad. de Manuel Martínez, Madrid, Trotta, 1998.

FLORES, Imer B., *Eduardo García Máynez* (1908-1993). *Vida y obra,* México, UNAM, 2007.

_____, *Una visita a Hans Kelsen en México,* Documento de trabajo núm. 169, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (1975), trad. de Aurelio Garzón, México, Siglo Veintiuno Editores, 1976.

FUERTE, Mercedes, "Adolf Julius Merkl: un jurista tan citado como desconocido", *Revista de Administración Pública*, núm. 146, Mayo-Agosto, 1998.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método, I (1975),* 7a. ed., trad. de Ana Agud y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1997.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?", en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011.

_____, "Introducción a la obra de Niklas Luhmann", en García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 103-198.

_____, "Tópica, Derecho y método jurídico", *Doxa*, núm. 4, 1987.

GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1996.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

GARCÍA RAMÍREZ, Julián, "Concepciones sobre la norma jurídica. Una aproximación textual", en Valderrama Bedoya, Francisco (coord.), *Teoría del derecho*, 2a. ed., Medellín, Universidad de Medellín, 2011.

GARCÍA RUIZ, Leopoldo, *Derecho, intereses y civilización: el pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Granada, Comares, 2002.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2003.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, "Comparative sociology of law: legal fields, legal scholarships, and social sciences in Europe and the United States", *Law and Social Inquiry*, 31 (2), 2006.

_____, "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio, *¿Justicia para todos?: Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

_____, "Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano". En: *Opinión Jurídica*, Colombia, Universidad de Medellín, Vol. 4, núm. 8, 2005.

GARCÍA, Mauricio y REVELO, Javier Eduardo, "La concentración del poder en Colombia", en García, Mauricio y Revelo, Javier Eduardo, (Codirs.), *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, Dejusticia, 2009.

GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 8a. ed., Buenos Aires, Losada, 1962.

GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Jueces populares y jueces técnicos en la Historia del Derecho Español*, Madrid, Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1946.

_____, "Alcaldes mayores y corregidores en Indias", en García-Gallo, Alfonso, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972.

GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

GARRIGA, Carlos, "Legislación y códigos", en LORENTE, Marta y VALLEJO, Jesús (Coords.), *Manual de Historia del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

GARZÓN, Iván. "Rousseau: ¿Religión política o instrumentalización política de la religión?". *Revista de Derecho*, Barranquilla, Universidad del Norte, núm. 33, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

GAVIRIA, Carlos, "¿Qué es el Tercer Estado? De Sieyès y el constitucionalismo colombiano", Revista Estudios Políticos, Medellín, Universidad de Antioquia, núm. 1, 1992.

GIANFORMAGGIO, LETICIA, "El Modelo Kelseniano del Estado como Ordenamiento Dinámico, en la Teoría y la Ideología", *Revista del Tribunal Federal Electoral*, Vol. IV, núm. 6, 1995.

GILSON, Etienne, *El amor a la sabiduría*, trad.de Rafael Tomás Caldera, Caracas, Ayse, 1974.

GOLDSHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.

GONZÁLEZ Zapata, Julio, "Hans Kelsen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia" en Montoya Brand, Mario y Montoya Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011.

GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, trad. de Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 2011.

_____, *Derecho, Sociedad, Estado: una recuperación para el derecho*, trad. de Ramón Narváez, México, Escuela Libre de Derecho, Colegio de Michoacán y Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2004.

_____, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

_____, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez, Madrid, Trotta, 2003.

GRÜN, Ernesto y BOTERO, Andrés, "Hacia una teoría sistémico-cibernética del Derecho", *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 117, julio-diciembre, 2008.

GRÜN, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

GUIBOURG, Ricardo A, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986.

_____, *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.

GUZMÁN Brito, Alejandro, *Andrés Bello codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile. Tomo I y II*, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982.

HART, H.L.A, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

_____, "Kelsen's doctrine of the Unity of Law", en: Munitz, Milton & Kiefer, Howard (ed.), *Ethics and Social Justice*, Albany NY, State University of New York Press, 1968.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", en Casanovas Romeu, Pompeu & Moreso, Josep Joan (ed.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.

_____, "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", en Casanovas Romeu, Pompeu & Moreso, Josep Joan (ed.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.

HEGEL, Guillermo Federico, *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho. Introducción de Carlos Marx (1844),* 2.ª ed., trad. de Angélica Mendoza, Buenos Aires, Claridad, 1939.

HEIDEGGER, Martin, "La época de la imagen del mundo", trad. Helena Cortés y Arturo Leyte, en HEIDEGGER, Martin, *Caminos de bosque*, Madrid, Alianza, 1998.

HERVADA, Javier, "Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico", *Dikaion*, Bogotá, Revista Universidad de la Sabana, núm. 2, 1988.

HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica européia: síntese de um Milênio*, Florianópolis (Brasil), Boiteux, 2005.

_____ "Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos", Trad. Andrés Botero, *Forum*, Universidad Nacional Sede Medellín, núm. 3, 2012.

HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. Pedro Cruz y Miguel Azpitarte, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

HOBBES, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil (1651)*, Trad. Manuel Sánchez, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

HOERST, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico,* trad. de Ernesto Garzón, Barcelona, Gedisa, 2000.

HOLMES, Oliver Wendell, "The path of the law", *Harvard Law Review*, Vol. X, 1897, núm. 8.

HUME, David, *Investigación sobre el entendimiento humano (1748)*, trad. Magdalena Holguín, Bogotá, Norma, 1992.

IHERING, Rudolf von, "En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía", en Ibáñez, Gustavo (compilador), *La picaresca jurídica universal,* Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1993.

_____, *La dogmática jurídica (1883)*, trad. de Enrique Príncipe y Satorres, Losada, Buenos Aires, 1946.

_____, *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada, México, Porrúa, 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

JAMIN, Christophe, "Saleilles' and Lambert's Old Dream Revisited", *American Journal of Comparative Law*, 50 (4), 2002.

JHONSON, E.L., *El sistema jurídico soviético*, trad. de J. R. Capella y J. Cano Tembleque, Barcelona, Península, 1974.

JIMÉNEZ, Roberto M, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

_____, "Discrecionalidad judicial", en *Diccionario Histórico Judicial de México*, México, Ideas e instituciones, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo I, A-F, 2010.

_____, "Realismo jurídico americano", en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e instituciones, Tomo III, P-Z*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, edición bilingüe, trad. Dulce María Granja, México, Fondo de Cultura Económica, UAM y UNAM, 2011.

———, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres,* Trad. R. Rodríguez Aramayo, Madrid, Alianza, 2002.

KELSEN, Hans y HOLD-FERNECK, Alexander, *Lo Stato come superoumo: un dibattito a Vienna,* (a cura di Antonino Scalone), Torino, G. Giappichelli editore, 2002.

KELSEN, Hans y COSSIO, Carlos, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952.

KELSEN, Hans, "Alf Ross: Una teoría 'realista' y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia", en Casanovas Romeu, Pompeu & Moreso, Josep Joan (ed.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.

_____, *Autobiografía*, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

_____, *Esencia y valor de la democracia,* trad. de Rafael Luengo y Luis Legaz, Granada, Comares, 2002.

_____, "Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas con especial énfasis en la filosofía del "como si" de Vaihinger" (1919), en Kelsen, H., Fuller, L. F. y Ross, A., *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, 2003.

_____, "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico" (1961), *Academia: Revista sobre enseñanza del derecho,* año 6, núm. 12, 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, trad. de Francisco Ayala, Buenos Aires, Losada, 1946.

_____, *La paz por medio del derecho* (1944), trad. de Luis Echávarri, Buenos Aires, Losada, 1946.

_____, *¿Qué es la justicia?* (1953), trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2001.

_____, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

_____, *Teoría general del derecho y del Estado* (1945), trad. de Eduardo García Máynez (1949), México, UNAM, 1979.

_____, *Teoría general del Estado* (1925), trad. Luis Legaz Lacambra (1934), México, Editora Nacional, 1965.

_____, *Teoría pura del derecho* (1934), trad. de Gregorio Robles y Félix Sánchez, Madrid, Trotta, 2011.

_____, *Teoría pura del derecho,* 14a. ed., trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2005.

_____, "Teoría Pura del Derecho y Teoría Egológica: respuesta al artículo de Carlos Cossio: 'Teoría Egológica y Teoría Pura (balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)'", trad. de Eduardo García Maynez, en *La Ley*, Buenos Aires, Año 2, núm. 7, agosto de 2001.

_____, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin,* trad. de Isolda Rodríguez y Joaquín Etorena, Buenos Aires, Katz, 2006.

KENNEDY, Duncan, "Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Thought in America, 1850-1940", *Research in Law and Sociology*, vol. 3, 1980.

KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele, "La contribución de Adolf Merkl a la Teoría Pura del Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm 244, 2005.

LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces, Estudio preliminar de Luis Pomed*, trad. de Félix de la Fuente, Madrid, Tecnos, 2010.

LAPORTA, Francisco J, *El imperio de la ley: una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho,* trad. Marcelino Rodríguez, 2a. ed. española de la 4a. ed. alemana, Barcelona, Ariel, 1980.

LOBBAN, Michael, *The Common Law and English Jurisprudence, 1760-1850,* Oxford (Inglaterra), Clarendon Press, 1991.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil (1690)*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2000.

LONDOÑO GARCÍA, Carlos Andrés, "La hermenéutica gadameriana en el ámbito interpretativo jurídico", Ambiente Jurídico, Universidad de Manizales, Num. 11, 2009.

LÓPEZ CALERA, Nicolás María, *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 1985.

LÓPEZ, Diego, *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 2008.

_____, *La teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2004.

LUDWIG, Emil, *Autobiografía de un biógrafo*, trad. de Agustín Caballero, Madrid, Aguilar, 1953.

LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974), trad. de Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MACARIO, Francesco, "Recuperare L'Invisibile: una riflessione sulla storicità del diritto civile. Leggendo "La solitudine dello storico del diritto", di Pio Caroni", *Rivista di diritto civile*, Padova, Anno LVII, núm. 2, Marzo-Aprile, 2011.

MAINE, Henry Sumner, *Ancient Law: Its Connection With the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas* (1861), Arizona, The University of Arizona Press, 1986.

MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo, *Storia del diritto amministrativo*, 2ª ed, Roma-Bari, Laterza, 2003.

MARÍ, Enrique E. "La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexo con el proceso codificatorio de la modernidad", en Marí, Enrique E. *et. al.*, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

MARTÍNEZ Roaro, Ester, *Sexualidad, derecho y cristianismo: visión bioética desde una perspectiva de género*, 2ª. ed., Instituto Cultural de Aguascalientes, 2000.

MARTÍNEZ, Faustino, *De responsabilitate*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008.

_____, "Un poder nuevo en el escenario constitucional: notas sobre el ejecutivo gaditano", *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXI, 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

MCKENNAN, Theodora (Sister O.P.), *Santander and the vogue of Benthamism in Colombia and Nueva Granada,* Dissertation for Degree of Doctor of Philosophy, Loyola University (USA), 1970.

MEJÍA QUINTANA, Oscar, "Legitimidad, validez y eficacia en las ciencias sociales y el derecho en Colombia", en Mejía Quintana, Oscar y Encinales Ariza, Natalia, *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*, Bogotá, Ibáñez, 2011.

MONTERO AROCA, Juan, "La ley de enjuiciamiento civil española de 1855: la consolidación del proceso común", en Giuliani, Alessandro y Picardi Nicola (a cura di), *L'Educazione giuridica. VI – Modelli storici della procedura continentale. Tomo II –Dall'ordo iudiciarius al codice di procedura*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes (1748)*, Versión castellana de Nicolás Estévanez, Tomo I, París, Garnier, 1926.

MONTOYA RESTREPO, Nataly, "Usos y abusos del concepto "Estado" según Hans Kelsen", en Montoya Brand, Mario y MONTOYA Restrepo, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011.

MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos, "La invención del derecho privado moderno", en MONATERI, P. G. y GEOFFREY, Samuel, *La invención del derecho privado* (Estudio preliminar de Carlos Morales de Setién Ravina), Bogotá, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre editores, 2006.

NUSSBAUM, Martha, "El uso y abuso de la filosofía en la enseñanza del derecho", Trad. María Alegre, *Academia: Revista sobre Enseñanza de Derecho*, Buenos Aires, Año 7, núm. 14, 2009.

O´DONNELL, Guillermo "Delegative democracy", *Journal of Democracy*, 5 (1), 1994.

ONFRAY, Michel, *El sueño de Eichmann,* trad. de Alcira Bixio, Barcelona, Gedisa, 2009.

ORTEGA Y GASSET, José, *¿Qué es la filosofía?*, 10ª. ed., introducción de Ignacio Sánchez Cámara, Madrid, Calpe, 1999.

PASHUKANIS, E.B., *La teoría general del Derecho y el marxismo (1924)*, trad. de Carlos Castro, México, Grijalbo, 1976.

PASSAGLIA, Paolo, "La 'crisi della legge' come riflesso della crisi della sovranità statale", *La crisis de la ley: memorias del II Encuentro de claustros docentes Pisa, 2006*, México, Escuela Libre de Derecho, 2007.

PAULSON, Stanley L., "Algunos aspectos de la controversia entre Hans Kelsen y Erich Kaufmann", en Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.),

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

PERELMAN, Chaïm, *El imperio retórico: retórica y argumentación*, trad. de Adolfo Gómez, Bogotá, Norma, 1997.

PETIT, Carlos, "'A contributor to the method of investigation'. Sobre la fortuna de Gény en América", *Quaderni fiorentini*, núm. 20, 1991.

_____, "De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria", *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, núm. 8, 2005.

_____, "Derecho civil e identidad nacional", InDret: Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 3, 2011, pp. 1-36, disponible en http://www.indret.com/pdf/843_es.pdf

_____, "España y el Code Napoléon", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 61, fasc. IV, 2008.

_____, "Harvard en Lyon: Lecturas de Roscoe Pound en el *Institut* de Lambert", en Durand, Bernard y Mayali, Laurent (eds.), *Excerptiones iuris. Studies in Honor of André Gouro,* Berkeley (Ca.), 2000, Robbins Collection.

_____, "Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la Modern Criminal Science americana", *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 36, 2007.

PEZZETTA, Silvina, "El marco teórico del trialismo de Werner Goldschmidt y su evolución: algunas ideas sobre los nuevos aportes teóricos", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 2007-2008, pp. 245-255 (consultable en Internet: http://www.rtfd.es/numero11/ 13-11.pdf).

POUND, Roscoe, "Law in books and Law in Action", *American Law Review*, 44, 1910.

PRODI, Paolo, *Il sacramento del potere. Il giuramento político nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, Il Mulino, 1992.

PRODI, Paolo. *Una historia de la justicia: de la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y Derecho,* trad. de Luciano Padilla, Barcelona, Katz, 2008.

PUGLIESE, María Rosa, *De la justicia lega a la justicia letrada,* Buenos Aires, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 2000.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, Astrea, 2006.

_____, *Un viaje por la historia del derecho,* Buenos Aires, Quorum, 2002.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

RAMÍREZ, Gonzalo, "La paz perpetua de Kant y el pensamiento de Kelsen sobre el pacifismo", en Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

_____, "Los artículos sobre libertad de imprenta de Bentham y Miguel Antonio Caro: Divergencias y eventuales correspondencias", *Revista derecho del Estado: nueva serie*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Num. 22, junio de 2009.

REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho* (1968), trad. de Ángeles Mateo, Madrid, Tecnos, 1997.

RESTREPO, John Fernando, "Escuelas jurídicas del siglo XIX", en Botero, Andrés (Coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012.

ROBLEDO RODRÍGUEZ, Alejandro, "Metodología jurídica trialista y hermenéutica en la construcción del Derecho", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho,* núm. 11, 2007/2008, pp. 269-279. (consultable en Internet: http://www.rtfd.es/numero11/15-11.pdf).

ROBLES, Gregorio, "Consideraciones sobre la teoría de la norma jurídica en Kelsen", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 60, 1980.

RODRÍGUEZ, César, "Estudio preliminar", en HART, H.L.A. y DWORKIN, R., *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del hombre y Universidad de los Andes, 1998.

ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos,* trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, Buenos Aires, Centro editor de América Latina, 1969.

_____, *Lógica de las normas* (1967), trad. de José S.P. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971.

_____, *Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia?* (1957), trad. de Genaro Carrió, en Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos,* Buenos Aires, Centro editor de América Latina, 1969.

_____, *Teoría de las fuentes del derecho* (1929), trad. de José Muñoz, Aurelio de Prada y Pablo López, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ROTBERG, Robert I, "El fracaso y el colapso de los estados-nación: descomposición, prevención y reparación", en Rotberg, Robert I., Clapham, Christopher y Herbst, Jeffrey, *Los estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso. Estudio preliminar de Patricia Moncada Roa,* Bogotá, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Contrato social (1762)*, Trad. Fernando de los Ríos, Madrid, Calpe, 2007.

_____, *Emilio o la educación (1762)*, trad. Cardona Castro, Barcelona, Brugera, 1971.

RUIZ, Alicia E. C, *Idas y vueltas: por una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2001.

RUIZ MANERO, Juan, "Sobre la crítica de Kelsen al marxismo", en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen,* 2.ª ed., México, UNAM y Coyoacán, 2003.

RUSSELL, Bertrand, *Historia de la filosofía occidental (1961)*, Tomo I, trad. Julio Gómez y Antonio Dorta, Madrid, Espasa-Calpe, 1978.

SÁCHICA, Luis Carlos, *Esquema para una teoría del poder constituyente*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1985.

SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (eds.), *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Tomos I y II, Siglo del Hombre Editores, 2001.

SARLO, Oscar, "La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El "frente sur" de la teoría pura", *Ambiente jurídico*, Manizales, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales (Colombia), núm. 12, 2010.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica (1815),* trad. de J. J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1979.

_____, *Sistema del Derecho romano actual (1839)*, trad. del alemán por Ch. Guenoux y vertido al español por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Granada, Comares, 2005.

SCHMITT, Carl, *La defensa de la constitución,* trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1931.

SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, "Carl Schmitt. Jurisprudencia para la ilegalidad", *Revista de Derecho*, Vol. XIV, Julio de 2003.

SIMON, Thomas, "¿Qué es y para qué sirve la legislación?", trad. de Andrea Macía, *Vniversitas*, Bogotá, Colombia, núm. 119, 2009.

SÓFOCLES, *Tragedias*, trad. Fernando Segundo, Madrid, EDAF, 1985.

SOTO POSADA, Gonzalo, "Positivismo y república (siglo XIX)", *Revista Universidad de Medellín*, 31, 1980.

STEWART, Iain, "¿Coincidencia o derivación? Cuando Julius Stone acusó a Hans Kelsen de plagio", en Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.), *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "La teoría del derecho de Jeremías Bentham", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 50, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

TARELLO, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, Milán, Giuffrè, 1962.

TAU, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870): Mentalidad social e ideas jurídicas*, 2a. ed., Buenos Aires, Librería Histórica, 2008.

THIBAUT, Anton Friedrich y SAVIGNY, Friedrich Karl von, *La codificación: una controversia programática basada en sus obras*, trad. de José Díaz, Madrid, Aguilar, 1970.

TUORI, Kaius, *Ancient roman lawyers and modern legal ideals: Studies on the impact of contemporary concerns in the interpretation of ancient Roman legal history*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2007.

URIBE ÁLVAREZ, Roberth, "'Ciencia' contra 'teología' de la política. El concepto de 'ciencia de la política' en la reseña de Kelsen a Voegelin", en Montoya Brand, Mario y Montoya RESTREPO, Nataly (Eds. y Comps.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín, Eafit, 2011.

URIBE, Víctor, "Colonial Lawyers and the Administration of Justice", en Zimmermann Eduardo (ed.), *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, London, University of London, 1999.

VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Derecho internacional público*, 3a. ed., Medellín, Comlibros, 2008.

_____, *Derecho privado romano*, 3a. ed., Medellín, Señal editora, 1998.

VANO, Cristina, "Las Novelas y la escuela. Vida de textos y biografía (colectiva) de la *Historische Rechtsschule*", en Conde, Esteban (ed.), *Vidas por el derecho*, Madrid, Carlos III de Madrid, 2012.

VARELA, Joaquín, *Tres ensayos sobre historia constitucional*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008.

VÁZQUEZ Alfredo, *El poder presidencial en Colombia: la crisis permanente del derecho constitucional*, 2.ª ed., Bogotá, Enrique Dobry, 1979.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª. ed., trad. de Jorge Seña, Barcelona, Gedisa, 1997.

VILCHES FUENTES, Hugo, "Notas biográficas y obra de Friedrich Karl von Savigny. Una mirada al fundador de la escuela histórica del derecho", *Corpus Iuris Regionis*, Iquique, Chile, 11, 2011.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, trad. de J. Medina et. al., México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

WILLIFORD, Miriam, *Jeremy Bentham on Spanish America: an account of his letters and proposals to the New World*, Baton Rouge and London, Louisiana State University Press, 1980.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

WOLKMER, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá, Ilsa, 2003 (este texto cuenta con una segunda edición: México, Ilsa, la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y la Comisión Estatal de Derecho Humanos, San Luis Potosí, 2006).

WRIGHT, Georg Henrik von, *Explicación y comprensión (1971)*, Madrid, Alianza Universidad, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

ZANNONI, Eduardo A, *Crisis de la razón jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 4

POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

José Juan Moreso *

Sumario: I. *La tesis de la incorporación: algunos casos reales, uno hipotético y una de romanos.* II. *Argumentos morales y argumentos modales.* III. *Concepciones del derecho: la conexión necesaria.* IV. *Concepciones del derecho: la conexión imposible.* V. *Concepciones del derecho: la conexión contingente.* VI. *Constitucionalismo garantista y positivismo jurídico incluyente.* VII. *La objeción de la pendiente resbaladiza.* VIII. *El convencionalismo y el positivismo jurídico incluyente.* IX. *La tesis de la incorporación y las decisiones finales.* X. *A modo de conclusión.* XI. *Bibliografía.*

I. La tesis de la incorporación: algunos casos reales, uno hipotético y una de romanos

En una sentencia relativamente reciente que ha sido muy comentada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha decidido que la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas no vulnera la libertad religiosa de los no cristianos.[1] Al parecer a la mayoría de los miembros del Tribunal les parece que el argumento de los representantes del Estado italiano según el cual "el crucifijo simboliza los principios y valores que fundan la democracia y la civilización occidental, quedando justificada su presencia en las aulas a dicho título" es convincente. No son relevantes ahora los aspectos técnico-jurídicos del caso: los artículos de sendos decretos italianos del tiempo de Mussolini que establecían el deber de la presencia de los crucifijos, los recursos presentados por la señora Lautsi en Italia, ni los fundamentos Gran Sala del Tribunal acoger la posición del recurso de Italia revocando la decisión anteriormente tomada en el año 2009. Lo rele-

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra.

[1] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lautsi y otros v. Italia* (demanda n. 30844/06) de 18 de marzo de 2011.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 171-205.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

vante es que parece, más allá de cuál sea la posición que consideremos adecuada, que lo que establece el Convenio Europeo de Derechos Humanos no dirime la cuestión sin embarcarnos en una elucidación de lo que presupone e implica la libertad religiosa que parece abocada al uso de la argumentación político-moral.

Es lo que ocurre con la constitucionalización y la incorporación a los Tratados internacionales de amplias declaraciones de derechos que reconocen en una formulación genérica un catálogo de derechos cuyo contenido sólo puede determinarse, según parece, mediante el recurso a la argumentación moral. Aunque no son las declaraciones de derechos el único síntoma de este mecanismo incorporacionista, dado que hay también el uso de conceptos valorativos como el de tratos inhumanos y degradantes[2] o el de dignidad humana, tal vez son el ámbito más relevante. Parece que no es posible atribuir contenido a estas declaraciones sin tener en cuenta los presupuestos éticos que las justifican, sin recurrir a la argumentación moral.

Veamos algunos otros ejemplos: el primero hipotético, los tres siguientes de la jurisprudencia constitucional de algunos países contemporáneos y un supuesto del Derecho romano.

Consideremos el siguiente caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación filosófica*,[3] se describe el Londres de 2013 como una ciudad insegura, con un alto grado de delincuencia. Entre las medidas que se toman para reducirla, se encuentra la imposición de un nuevo tipo de pena: dado que la ciencia médica ha conseguido inducir y revertir el estado de coma en los humanos, se sustituye la pena de prisión por el denominado *coma punitivo*. De este modo, a los condenados a dicha pena se les induce el coma por el tiempo de la condena y son confinados en una especie de hospitales en donde, como es obvio, no hay peligro de fugas ni de motines, sólo hay que conservarlos con alimentación y respiración asistida. Por otro lado,

[2] Al que me refería, por ejemplo, en Moreso, Jose Juan, "La ciudadela de la moral en la corte de los juristas", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 28, 2012, pp. 119-140.

[3] Kerr, Philip, *A Philosophical Investigation* , London, Chatto & Windus, 1992. traducida al castellano por M. Bach como *Una investigación filosófica*, Barcelona, Anagrama, 1996. Creo que escuché relacionar este ejemplo literario, por primera vez, con la cuestión de la incorporación de la moralidad al derecho a Juan Carlos Bayón en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el invierno austral de 1996 y lo he usado ya en diversas ocasiones anteriormente "La lectura moral del Derecho" (Recensión de Ronald Dworkin, *La justicia con toga), Revista de Libros*, vol. 142, 2008, pp. 11-14; *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 33, y, en "La ciudadela de la moral en la corte de los juristas" *op. cit.*, en donde comenzaba con estos cinco casos precisamente.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si el coma punitivo se estableciera como castigo para diversos delitos en determinada jurisdicción sujeta al texto internacional, ¿sería, entonces, esta pena una medida conforme con la Declaración universal de los derechos humanos? O, dicho en otros términos: ¿depende la verdad de la proposición según la cual el coma punitivo es (o no es) conforme con la Declaración Universal de la corrección moral de dicha medida?, ¿cómo debe determinarse si el coma punitivo es o no un trato cruel, inhumano o degradante?

A continuación, veamos un caso real. La Constitución española, en el primer enunciado de su artículo 15, establece lo siguiente: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Pues bien, el Tribunal Constitucional Español se refirió a ello,[4] (en una jurisprudencia que después ha continuado más o menos invariable) para determinar si la sanción de aislamiento en celda prevista en la Ley general penitenciaria (y en el reglamento que la desarrolla), entonces en vigor, constituían tratos inhumanos o degradantes. La respuesta del Tribunal es negativa con el argumento de que, si bien la reclusión en *celdas negras* privando a la persona de cualquier contacto con el exterior sería claramente un trato degradante, las condiciones que la legislación penitenciaria exige (duración, condiciones de alimentación y habitabilidad fundamentalmente) la hacen compatible con la dignidad de los sancionados.

Por otro lado, la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos (casi idéntica a la formulación del Bill of Rights inglés de 1689) establece: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted". Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos considera que la pena de muerte es "una sanción extrema" no considera que sea "inherentemente cruel".[5] Sin embargo, la Corte ha considerado recientemente que la ejecución de delincuentes con determinado grado de retraso mental vulnera la enmienda octava porque es un castigo cruel e inusitado.[6] Y en el mes de agosto de 2012 la polémica

[4] En la STC 2/1987, de 21 de enero.

[5] *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153, 96 S. Ct. 2909, 49 L. Ed. 2d 859 [1976].

[6] *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242, 153 L. Ed. 2d 335 (2002). *Atkins* anula la decisión contraria establecida sólo trece años antes en *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 109 S.Ct. 2934, 106 L. Ed. 2d 256 (1989).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

resurgió al autorizar la Corte Suprema la ejecución del ciudadano de Texas Marvin Wilson, que presentaba indicios probados de retraso mental.[7]

El 19 de agosto de 1996 en un municipio de la comunidad indígena colombiana de los paeces fue asesinado su alcalde. Los representantes de los cabildos indígenas decidieron la detención de Francisco Gembuel acusado de haber propiciado el homicidio del alcalde al haberlo señalado como blanco propicio a la guerrilla. Juzgado por la Asamblea de acuerdo con las normas indígenas fue castigado a sesenta fuetazos (el fuete es un castigo consistente en golpear con una especie de bastón la parte inferior de las piernas), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. El artículo 12 de la Constitución colombiana establece también que "nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", con lo que el condenado recurrió la decisión que llegó a la Corte Constitucional colombiana. En la sentencia del alto tribunal colombiano,[8] la Corte no concede el amparo al recurrente, con dos argumentos básicamente: por un lado, no considera la sanción excesivamente penosa; por otro, considera que tiene una función simbólica en la comunidad indígena y que, en dicho contexto, no se trata de una sanción ni degradante ni humillante.

Nadie pondrá en duda, sin embargo, que la sanción que el derecho romano –la *Lex Pompeia*– establecía para el parricidio, la *poena cullei*, consistente en encerrar al condenado en un saco junto con un perro, un gallo, una serpiente y un mono y arrojarlo a las aguas del mar o del río más cercano; sea una pena cruel. Es más, precisamente por ser cruel los romanos pensaban que era una pena merecida para un delito tan atroz. Como nos recuerda Max Radin cuando se produjo el crack financiero de 1720, debido a una burbuja especulativa generada por la Compañía Inglesa de los Mares del Sur,

> un miembro apasionado del Parlamento británico apeló a la aplicación de la *Lex Pompeia* para los parricidas a aquellos que han estafado a la nación. Del mismo modo que los romanos, argumentaba, enfrentados a un tan monstruoso e inusitado delito, idearon un castigo así de monstruoso e inusitado, del mismo modo invitaba a los británi-

[7] Véase el reciente y lúcido análisis sobre la enmienda de John Perry, en "Textualism and the Discovery of Rights", en Marmor, Andrei y Soames, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 105-129.

[8] Sentencia T-523/97, de 15 de octubre. Estoy agradecido a Oscar Pérez de la Fuente que amablemente me hizo acceder al conocimiento de este interesante caso.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> cos a colocar a los directores de la Compañía de los Mares del Sur en sacos con un perro, un gallo, una serpiente y un mono en cada uno y arrojarlos al Támesis.[9]

Olvidemos ahora, por un momento y no del todo, las crisis económicas generadas por burbujas especulativas y atendamos al argumento del parlamentario británico: la pena del saco es una pena cruel y por eso se impone para castigar comportamientos especialmente graves.

Lo que hacen las declaraciones de derechos humanos contemporáneas, no obstante, es comprometerse a no aplicar este tipo de sanciones. Ahora bien, ¿qué es lo que hace la pena del saco cruel, y no –en el caso que los Tribunales a los que me he referido tengan razón– el fuete, el aislamiento en celda o la pena de muerte? Parece que nuestros textos jurídicos, los textos constitucionales, los legales, los precedentes judiciales, usan en ocasiones conceptos y argumentos morales.

Esto permite formular del siguiente modo lo que denominaré *la tesis de la incorporación* (TI):

> (TI) Cuando las fuentes del derecho (la Constitución y las leyes, por ejemplo) incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral.

En este artículo trataré de mostrar la plausibilidad de la tesis de la incorporación y la implausibilidad de las concepciones que la rechazan. Para ello, en la primera parte (secciones II-V), de trazaré un mapa de las posiciones posibles acerca de las relaciones entre la identificación del derecho y el uso de la argumentación moral. En la segunda parte (secciones VI-IX), argüiré a favor de TI y trataré de mostrar que está en buenas condiciones para replicar a las objeciones que se le formulan.

II. Argumentos morales y argumentos modales

La TI evoca la perdurable cuestión de las relaciones entre el derecho y la moral. La evoca, como ahora somos más conscientes, desde uno de sus prismas posibles. Nada dice acerca de si, en último término, la justificación

[9] Radin, Max, "The *Lex Pompeia* and the *Poena Cullei*", *Journal of Roman Studies*, vol. 10, 1920, pp. 119-130.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

de las acciones, por ejemplo de los jueces, debe ser moral o de si la existencia del derecho instancia, de modo necesario, algún valor moral.[10]

Establece una relación entre la identificación del derecho y la argumentación moral. [11] En realidad, las relaciones desde el punto de vista de la modalidad pueden ser sólo de tres tipos: o bien son necesarias, o bien son imposibles o bien son contingentes. Ello cubre todo el espacio lógico modal. De acuerdo con estas ideas y representando como es usual los operadores modales:[12]

◊: "Posible",
□: "Necesario"

y tomando los predicados "J" como "jurídico" y M como "identificado mediante la argumentación moral", podemos representar la tesis de acuerdo con la cual lo jurídico ha de identificarse necesariamente mediante argumentos morales como sigue:

$$\forall x \, \Box (Jx \rightarrow Mx),$$

que es equivalente a[13]

$$\Box \forall x \, (Jx \rightarrow Mx).$$

[10] Muchos autores han insistido convincentemente en que en alguno de estos sentidos la relación entre el derecho y la moral es necesaria. Véase por ejemplo Alexy, Robert, "On Necessary Relations Between Law and Morality", *Ratio Juris*, vol. 2, 1988, pp. 167-189; Garzón Valdés, Ernesto, "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral", *Doxa*, vol. 8, 1990, pp. 111-130; Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994; Gardner, John, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001, pp. 199-226; Raz, Joseph, "Incorporation by Law", *Legal Theory*, vol. 10, 2004, pp. 1-17.

[11] Véase, además, DERECHO Y MORAL.

[12] Se trata de un argumento que presenté en "Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality" (en Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni, (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 225-237), desarrollando y ampliando una distinción de Coleman entre dos modos de entender la tesis de la separación entre el derecho y la moral, la negación interna y la negación externa de la tesis de la conexión necesaria (Coleman, Jules, "Second Thoughts and Other First Impressions" in Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 265), beneficiándome de tres tesis de la identificación del derecho trazadas por Kramer en su discusión con Dyzenhaus (Vease, Kramer, Matthew, "Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, 2001, pp. 673-701 y Dyzenhaus, David, "Positivism's Stagnant Research Programme", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2000, pp. 703-722)

[13] Lo es, en lógica modal, por la denominada "fórmula de Barcan", véase, Hughes, G.E. y Cresswell, M.J., *A New Introduction to Modal Logic*, London: Routledge, 1996, p. 244.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La interna negación de la anterior fórmula que dice que nunca puede ser el caso que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, es decir que dicha relación es *imposible*, puede ser representada así:

$$\Box \forall x (Lx \rightarrow \neg Mx),$$

Ahora bien, la negación externa de la tesis de la conexión necesaria puede ser representada del siguiente modo:

$$\neg \Box \forall x (Lx \rightarrow Mx),$$

una expresión lógicamente equivalente a

$$\Diamond \exists x (Lx \wedge \neg Mx),$$

es decir, es posible que la identificación del derecho no dependa de la moralidad. Por otra parte, la idea de la tesis de la incorporación, la idea de TI, es precisamente que algunas veces aquello que el derecho establece puede depender de los argumentos morales. Es decir:

$$\Diamond \exists x (Lx \wedge Mx),$$

y la conjunción de estas dos últimas expresiones lógicas equivale a la afirmación de que la dependencia de argumentos morales de la identificación del derecho es *contingente* y, por lo tanto, es compatible con sistemas jurídicos cuyas fuentes remitan a la moralidad y con sistemas que no realicen dicha remisión.

III. Concepciones del derecho: la conexión necesaria

Algunos autores han insistido en los últimos años[14] en que no hay un solo concepto de Derecho sino que el término "Derecho" designa una familia de conceptos y cuál va a resultar el privilegiado en un determinado contexto depende de nuestros intereses teóricos y prácticos. Podemos conceder este extremo y señalar que aquí estamos interesados en aquel concepto de derecho de un país, de un sector determinado de la vida social, del derecho internacional, que se vincula con aquello que es obligatorio, prohibido o facultativo para sus destinatarios frente a determinadas acciones. Aquel

[14] Por ejemplo, Carlos Nino en *Derecho, moral y política, op. cit.*, y, Ronald Dworkin en *Justice in Robes* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006.

DR ©2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

concepto relacionado con los valores de verdad de nuestras proposiciones jurídicas referidas a aquello qué debemos, no debemos o podemos elegir hacer *jurídicamente*. Nos interesa este concepto porque nos interesa averiguar si entre las condiciones de verdad de nuestras proposiciones jurídicas se halla o no la adecuación a determinadas argumentaciones morales.

Para la concepción que sostiene que necesariamente la IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO depende del recurso a la argumentación moral la respuesta es clara. El valor de verdad de todas nuestras proposiciones jurídicas depende de que no sean inconsistentes con la moralidad. Este parece ser el punto de vista del iusnaturalismo clásico, de Agustín de Hipona y Tomás de Aquino: las leyes injustas (contrarias a la moralidad) son jurídicamente *inválidas*.[15] Es más controvertido si este es el punto de vista de los que se declaran antipositivistas en estos días (si es el punto de vista de Alexy, Dworkin, o Atienza y Ruiz Manero y Atria entre nosotros[16]). Tomemos el caso del más persistente crítico del positivismo jurídico: Ronald Dworkin.

Una de las críticas más fundamentales de Dworkin al positivismo jurídico (desde *Law's Empire*[17]) reside en que dicha doctrina deja por explicar las discrepancias que se producen entre los juristas: "los juristas discrepan a menudo acerca de lo que el derecho es en alguna materia, aunque están de acuerdo acerca de todos los hechos históricos que los positivistas citan y que, según su punto de vista, agotan las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas (*propositions of law)*"[18]. Es más, arguyendo contra la defensa de Jules Coleman del positivismo incluyente (al que después me referiré), Dworkin sostiene que el argumento de Coleman presupone que los jueces en los Estados Unidos están de acuerdo en que la validez de algunas

[15] Agustín de Hipona lo decía así:."*Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit" De libero arbitrio* I, v 11 disponible online en http://www.augustinus.it/latino/libero_arbitrio/index2.htm) y Tomás de Aquino: "Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio" (*Summa Theologiae* I-II q. 95 a. 2 c, disponible online en: http://www.corpusthomisticum.org/sth1001.html). Véase, IUSNATURALISMO TRADICIONAL.

[16] Alexy, Robert, *Begriff und Geltund des Rechts,* Freiburg/München, Verlag Alber, 1999; Dworkin, "Justice in Robes", cit., y *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011; Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía*, vol. 27, 2007, pp. 7-28; Atria, Fernando. *Law and Legal Reasoning*, Oxford: Hart Publishing, 2002, y, "Sobre las lagunas" en Atria, Fernando, *et al*, *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005. Véase, ANTIPOSITIVISMO.

[17] Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.

[18] Dworkin, *Justice in Robes, op. cit.*, p. 233.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

de las leyes depende de su corrección moral, dado que así lo exigen las disposiciones constitucionales, pero añade:

> Esto ciertamente no es verdad. Por el contrario, la proposición que la cláusula de la igual protección hace el derecho dependiente de la moralidad es también profundamente controvertida. Muchos juristas, incluidos algunos de los jueces del Tribunal Supremo, insisten en que es verdadera, mientras otros, incluidos otros jueces del Tribunal Supremo, la rechazan duramente. Muchos de ellos insisten en que la cláusula hace que la ley dependa de hechos históricos acerca de lo que los *framers* consideraban injusto, o de lo que los americanos en general juzgan injusto, o algo similar[19].

Me parece, dicho incidentalmente, que se trata de un argumento convincente. Si la existencia del derecho es un fenómeno convencional (como quiere el positivismo hartiano), entonces deberán existir convenciones ampliamente compartidas que permitan la identificación del derecho. Sin embargo, estas convenciones parecen ser desafiadas por las diversas concepciones de lo que el derecho requiere en una sociedad.[20]

Sin embargo, el positivista incluyente todavía puede replicar con el argumento de que las discrepancias entre los juristas responden, en realidad, a un modo diverso de apelar a un presunto fundamento común. Las diversas concepciones acerca de la incorporación de la moralidad (y también las que niegan dicha incorporación) en el derecho responden, creo, a este factor.

En este sentido el positivismo incluyente y Dworkin transitan la misma vía. Recientemente Dworkin[21] ha insistido en este punto de vista sosteniendo que, por una parte, el derecho es una parte institucionalizada de la moralidad política,[22] y por otra que su concepción del derecho como una

[19] Dworkin, *Justice in Robes*, *op. cit.* p. 194.

[20] Un intento de contestar la crítica dorkwiniana desde una posición positivista en Derecho y escéptica en moral en Leiter (Explaining Theoretical Disagreement, *University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2001, pp. 1215-1250) consistente en afirmar que cuando los jueces y los juristas en general discrepan en los casos difíciles en realidad o bien están todos en un error generalizado (creen que discrepan genuinamente) o bien fingen discrepar. A Shapiro (The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed", en A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 22–55) la crítica le parece muy importante, aunque intenta una respuesta desde el positivismo excluyente. Mi propia posición en Moreso, "Legal Positivism and Legal Disagreements", *Ratio Juris*, vol. 22, 2009, pp. 62-73. Véase, además, TEORÍA INTERPRETATIVISTA DEL DERECHO.

[21] Dworkin, *Justice for hedgehogs*, pp. 400-416.

[22] De acuerdo con esta posición y con el espacio de la dimensión institucional del derecho, veáse, Atienza, Manuel y Ruiz-Manero, Juan, "La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica", *Doxa*, vol. 24, 2001, pp. 115-130. A los autores, como a Dworkin,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

práctica interpretativa es compatible (y "esto es crucial" añade) con "no denegar la distinción de las cuestiones relativas a aquello que es el derecho y a aquello que debe ser"[23] y aceptar que tiene sentido (para los jueces que creían que *The Fugitive Slave Act* era constitucional)[24] afirmar que dicha ley, por ejemplo, "era derecho válido aunque demasiado injusto para ser aplicado".[25] En cambio, afirma que no es sostenible en el caso de la monstruosa legislación nazi: "es moralmente más adecuado denegar que estos edictos sean derecho" [26]. Aunque, añade, tal y como se plantea tradicionalmente el venerable problema del derecho injusto se asemeja tristemente a una disputa verbal.[27]

IV. Concepciones del derecho: la conexión imposible

En la literatura relevante la imposibilidad de la conexión se sostiene de dos modos, al menos, muy diversos entre sí. Uno procede de una posición escéptica en materia ética, con arreglo a la cual cuando el derecho remite a la moralidad, realiza una remisión vacía, una remisión *en blanco*, puesto que el objeto de la remisión es inexistente, dado que el escepticismo ético rechaza que haya razones morales objetivamente válidas, que puedan servir para determinar mediante la argumentación moral el contenido del derecho.[28]

---

les parece sin embargo –por razones parcialmente similares- que su posición es mejor caracterizada como antipositivista, Atienza y Ruiz Manero, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *op. cit.* Pero aquí la cuestión es la de si aceptan las consecuencias de la tesis de la conexión necesaria y parece que la respuesta es negativa.

[23] Dworkin, *Justice for Hedgehogs, op. cit.*, p. 407.

[24] Dworkin no piensa así (véase, "The Law of the Slave-Catchers" en *Times Literary Supplement*, December 5, 1975 y *Justice for Hedgehogs*, p. 486 nota 12), sino que considera que la legislación de 1850, que otorgaba el derecho a los propietarios de esclavos a recuperarlos aún si habían huido a otros estados en donde la esclavitud era ilegal, era inconstitucional y el famoso caso *Dred Scott v. Sanford* 60 U.S. 393 (1856), erróneamente decidido por la Corte Suprema.

[25] Dworkin, *Justice for Hedgehogs, op. cit.*, p. 411.

[26] Dworkin, *Justice for Hedgehogs, op. cit.*, p. 411.

[27] Dworkin, *Justice for Hedgehogs, op. cit.*, p. 412.

[28] Esta es la posición, por ejemplo, de Eugenio Bulygin (Véase, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006). Tal vez eran también, al menos parcialmente, las dudas acerca de la objetividad de la moral las que condujeron a este tipo de positivismo a Kelsen (*What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley: California University Press,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Sin embargo, existe otro modo de defender la tesis de la conexión imposible, que comporta la misma lectura estricta de la tesis de las fuentes sociales del derecho atribuible al positivismo jurídico. Se trata del modo en que la ha venido defendiendo desde hace más de treinta años Joseph Raz.[29] Raz no es, en absoluto, un escéptico en materia moral; al contrario, considera que hay razones y, también, hechos morales. Considera, a su vez, que es falso que todas las proposiciones morales sean controvertidas[30]. La tesis es la siguiente:

> Una teoría jurídica es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral.[31]

El argumento de Raz en defensa de esta tesis, que como puede apreciarse está en contradicción con la tesis de la incorporación, es un argumento conceptual. Dicho ahora muy resumidamente, un rasgo definitorio del derecho es que pretende AUTORIDAD y pretender autoridad comporta la capacidad de suministrar, a los destinatarios de las normas promulgadas por la autoridad, razones que desplacen las razones a favor y en contra que ellos tienen de comportarse de determinado modo. Si el derecho incorporara pautas morales, entonces no podría pretender autoridad puesto que dichas pautas son válidas para sus destinatarios con independencia de lo

1957), Ross (*On Law and Justice*, London, Stevens and Sons, 1958), Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Milano, Communità, 1965 y el realismo jurídico americano (véase Leiter, Brian, "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", *Ethics*, vol. 111, 2001, pp. 278-301). A ello puede sumarse lo que podemos denominar el realismo jurídico italiano y francés. Véase respectivamente: Guastini, Riccardo, "Lo scettecismo interpretativo revisitato", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 36, 2006, pp. 227-236, y, Troper, Michel, "Une théorie réaliste de l'interprétation", en Jouanjean, Olivier (ed.), *Dossier Théories réalistes du droit*, Strasbourg: PU de Strasbourg, 2001, pp. 51-78. Entre nosotros Escudero, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico*, Madrid, Civitas, 2004. (Además, POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO JURÍDICO EUROPEO)

[29] Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, cap. 3, pp. 37-52 y "Incorporation by Law", *op. cit.* Véase también Shapiro, Scott, "On Hart"s Way Out", *Legal Theory*, vol. 4, 1998, cap. 9, pp. 469-508, Shapiro, *Legality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011, pp. 259-281; Marmor, Andrei, "Exclusive Legal Positivism", en Coleman, Jules y Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 104-124; Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011, cap. 4, pp. 82-108.

[30] Raz, Joseph, *Ethics and the public domain*, Oxford, Oxford University Press, p. 214.

[31] Raz, *The Authority of Law, op. cit.*, p. 185.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que la autoridad establezca. Por lo tanto, por razones conceptuales, el derecho no puede incorporar el razonamiento moral.

O sea tenemos dos formas de positivismo jurídico que sostienen la imposibilidad de la relación entre la identificación del derecho y el uso de los argumentos morales: una fundada en el escepticismo ético y otra fundada en una determinada concepción de la autoridad.

¿Qué sucede entonces, según estas concepciones, cuando nos encontramos con estas expresiones valorativas en los textos jurídicos de las fuentes? Pues bien, la respuesta más habitual es que los jueces gozan de DISCRECIÓN para completar o cambiar el derecho de acuerdo con la moralidad. Raz[32], por ejemplo, distingue entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales. También los escépticos en ética consideran, es claro, que en este caso los jueces tienen de modo inevitable discreción dado que no hay pautas previas que identificar y aplicar.

Creo que hay razones para dudar de la plausibilidad de esta posición. Veamos el siguiente pasaje de Raz:

> Supongamos, por ejemplo, que según el derecho los contratos son válidos solo si no son inmorales. Cualquier contrato puede ser considerado prima facie válido si se conforma a las condiciones "neutras valorativamente" establecidas jurídicamente para la validez de los contratos. La proposición "Es jurídicamente concluyente que este contrato es válido" no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal dotado de autoridad determina su validez. Esta es una consecuencia del hecho según el cual, por la tesis de las fuentes, los tribunales tienen discreción cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales[33].

Si la versión raziana de la tesis de las fuentes implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de Raz sostiene), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la

[32] Raz, *Ethics and the Public Domain, op. cit.*, pp. 310-324

[33] Raz, *The Authority of Law, op. cit.*, p. 75. Véase sobre este punto Endicott, Timothy A.O., "Raz on Gaps—The Surprising Part", en Thomas Pogge, *et al* (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Essays After Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 99-117.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la pena del saco, la *poena cullei*, podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel –también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para los parricidas- y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque "cruel" es, sin duda, un término moral, "cruel" se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no hay aquí espacio para la discreción[34].

Raz añade otro argumento en defensa de su posición:

> Los defensores de tal concepción [de la tesis de la incorporación] del derecho tienen que proporcionarnos un criterio adecuado para separar las referencias legales a la moralidad, que hacen de su aplicación un caso de aplicación de normas jurídicas preexistentes, de los casos de discreción judicial en las que el juez, al recurrir a consideraciones morales, está cambiando el derecho. No conozco ningún intento serio de proporcionarnos tal criterio. [35]

Es cierto que dicho argumento deberá ser suministrado con detalle, pero el eje del razonamiento tratará de mostrar que en los casos de uso de conceptos y consideraciones morales los jueces no tienen discreción. Si nosotros creemos que la presencia de crucifijos en las escuelas vulnera la libertad y autonomía de los no cristianos, entonces tenemos buenas razones para argüir que *Lautsi* es una decisión incorrecta desde el punto de vista jurídico. En cambio, cuando los jueces ejercen su discreción (por ejemplo, cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en virtud del *certiorari* decide admitir un recurso o no) su comportamiento no puede nunca ser tildado de *jurídicamente incorrecto.*

Es más, a menudo, es el espacio excesivo de discreción de los jueces lo que lleva a algunos autores a comprometerse con el ideal de la certeza del derecho y a rechazar la inclusión de conceptos y consideraciones morales en las fuentes del derecho. A menudo este ideal de la certeza del derecho está asociado con la Ilustración jurídica y, en concreto, con el positivismo jurídico. Sin remontarnos a Beccaria o a Bentham, esta es la razón (por

[34] Se trata de un argumento presentado en Moreso, "Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality", *op. cit.*

[35] Raz, *The Authority of Law, op. cit.*, p. 47 nota 8 y "Incorporation by Law", *op. cit.*, p. 17

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ejemplo) por la cual Kelsen[36] se mostraba contrario a la incorporación de conceptos morales (como *igualdad* o *justicia*) y esta es la razón que anima las defensas recientes[37] o no tanto[38] del denominado *positivismo jurídico normativo*.[39]

Reducir el ámbito de la discrepancia y disciplinar la actividad de los jueces es el propósito de todas estas posiciones. Sin embargo, ni los presupuestos ni la estrategia para llevar a cabo estas operaciones son siempre los mismos.

Aparte de la posición normativa de recomendar el uso parsimonioso de conceptos de valor en el derecho, algunos autores positivistas han intentado otras vías para identificar el derecho en estos casos con certeza.

Algunas veces, por ejemplo, se ha argüido que los jueces deben decidir cuál sea el contenido de expresiones como "libertad religiosa" no apelando a sus convicciones morales sino a cómo dichas expresiones son entendidas y usadas en la sociedad de la que ellos forman parte. Así se entiende algunas veces la referencia del artículo 3 de nuestro código civil a la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas.[40] De este modo, se piensa, no caeremos como rehenes de la voluntad de los jueces.

[36] Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R.J. Brie, Madrid, Tecnos, 1931/1985

[37] Campbell, Tom D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Darmouth, 1996; Waldron, Jeremy, "Normative (or Ethical) Positivism" en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 410-432 y Green, Leslie, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals," *New York University Law Review*, *vol.* 83, 2008, pp. 1035-1058.

[38] Scarpelli, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizione di Comunità, 1965.

[39] Que presenté y critiqué en Moreso, "Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality", *op. cit.* Algunos ecos de esta posición, aunque asumida con matices, entre nosotros en Hierro, Liborio, "¿Por qué ser positivista?", *Doxa*, vol. 25, 2002, pp. 263-302. y Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007. Recientemente también Waldron la ha matizado "Vagueness and the Guidance of Action", Marmor, Andrei y Soames, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press), 2011, pp. 58-82.

[40] Este argumento en Alchourrón, Carlos E., y, Bulygin, Eugenio, "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303-328. Valdría la pena considerar la vinculación de este argumento con el llamado *constitucionalismo popular* que han defendido, por ejemplo, Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, y Kramer, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Véase también,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El problema de esta concepción es doble: por una parte, en todas las cuestiones controvertidas la opinión pública acostumbra a estar dividida cuando no perpleja; por otra parte, si se quiere construir un punto de vista articulado, como parece exigible a los jueces y tribunales, entonces será imprescindible moldear las actitudes y creencias de la mayoría social para presentarlas en una doctrina razonable y ello, me parece, es ya prácticamente indistinguible del razonamiento moral: comienzas con la moral social, pero si estás dispuesto a aceptar la crítica argumentada, la opacidad de algunas de nuestras convicciones, la posibilidad de refinarlas y moldearlas, terminas en la moral crítica.[41]

Una estrategia distinta consiste en sostener que cuando la Constitución usa conceptos valorativos en realidad únicamente incorpora aquello que encerraron en ellos deliberadamente los autores de la Constitución. Determinar el contenido de estas cláusulas consiste en recuperar las intenciones explícitas de los que las dictaron. En la discusión norteamericana se conoce esta posición como *originalismo*.[42] De este modo, consideran estos autores, la indeterminación se reduce: sólo está amparado por la libertad religiosa (en nuestro ejemplo) los comportamientos considerados incluidos por los redactores del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No es preciso, por cierto, que esta posición provenga de un punto de vista escéptico acerca de la moralidad (no es el caso de Scalia ni de otros originalistas), puede que sea una estrategia que tiende a reducir la discreción de los jueces porque desconfía de la capacidad de los jueces de acertar en cuestiones morales.

Esta posición ha sido criticada muchas veces con los mismos argumentos que había sido criticada la denominada *interpretación subjetiva*: las conocidas dificultades de establecer plausiblemente cuáles eran las genuinas intenciones de los constituyentes, las intenciones de quiénes son relevantes (de los que votaron a favor, de los redactores…). Es más: aún en casos en donde es claro que no estaba en sus intenciones, como tal vez sea el caso de los crucifijos en las aulas, entonces ha de resultar excluido sin más argumentación. Y esto es muy implausible. Antes de la reforma reciente de nuestra legislación procesal civil, la vieja Ley de Enjuiciamiento (como la nueva) establecía que son inembargables los instrumentos necesarios para el ejerci-

Gargarella, Roberto, "El nacimiento del constitucionalismo popular", *Revista de Libros*, núm. 112 (abril), 2006, pp. 15-18

[41] Moreso, *La constitución: modelo para armar*, *op. cit.*, p. 192.

[42] Y su más ilustre representante tal vez sea el magistrado de la Corte Suprema Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cio de un oficio, con esta doctrina de la interpretación hay que suponer que hasta el año 2000 los ordenadores podían ser embargados a un abogado, por ejemplo, dado que los legisladores del siglo XIX no podían pensar en ellos. Es más, es razonable creer que el legislador del años 2000 de la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no considerara (porque todavía no habían sido creadas) las I-pad como objetos a los que se refiere el artículo 606.2: "Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada". Pero un abogado podría argüir a favor de la inembargabilidad del I-pad de otro abogado demandado en 2012.

V. Concepciones del derecho: la conexión contingente

Si los argumentos esgrimidos en los dos epígrafes anteriores resultan convincentes, entonces nos queda la tesis de la incorporación, una conexión contingente (en virtud de la remisión de las fuentes del derecho) a la argumentación moral. La conexión del derecho con la moralidad no es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente, como sostiene el denominado positivismo jurídico incluyente.[43] Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia regla de reconocimiento incluya razones morales entre los criterios de validez jurídica (como es claro en Hart),[44] basta que tomemos ahora para nuestra discusión una tesis como la tesis de la incorporación: "las fuentes usuales del derecho –como las leyes y las

[43] Los precedentes de tal concepción pueden hallarse en Carrió, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1971; Lyons, David, "Principles, Positivism and Legal Theory," *Yale Law Journal*, vol. 87, 1977, pp. 415-436; Soper, Philip, "Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin, Dispute", *Michigan Law Review*, vol. 75, 1977, pp. 511-542, Coleman, Juñes, "Negative and Positive Positivism", "Negative and Positive Positivism", *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, pp. 139-162, y Hart, H.L.A. *The Concept of Law,* 2n Edition, Oxford, Oxford University Press, 994. Las dos defensas más articuladas en Waluchow, Wilfred J., *Inclusive Legal Positivism,* Oxford, Oxford University Prss,1994 y Coleman, Jules, *The Practice of Principle,* Oxford, Oxford University Press, 2001. Véase una presentación general en Himma 2002 y Moreso, *La constitución: modelo para armar, op. cit.*, cap. 10, pp. 183-285.

[44] Hart, *The concept of law, op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

disposiciones constitucionales– pueden incluir conceptos y consideraciones morales".[45]

Según dicha concepción, entonces, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos o consideraciones morales, el derecho ha de identificarse mediante el uso de dichos conceptos y consideraciones. Y, por lo tanto, los jueces han de aplicar el derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos pertinentes. Así ocurre, según creo, en el caso de que los jueces hayan de decidir si determinadas decisiones públicas vulneran o no la libertad religiosa: en dichos supuestos el razonamiento de los jueces deviene un razonamiento genuinamente moral.

Sin embargo, antes de analizar las objeciones que pueden plantearse a esta cuestión, vale la pena ocuparse de si la diferencia entre los positivistas excluyentes y los positivistas incluyentes es sólo una mera cuestión de palabras.[46]

En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*.[47] Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso.[48] En el contexto de este debate Raz y Coleman, entre otros, sostienen que todas las normas jurídicamente válidas en determinada son de aplicación obligatoria por parte de los jueces, pero hay normas que no son válidas en dicha jurisdicción (las normas de un derecho extranjero por ejemplo) que, en virtud de las normas de conflicto del derecho local, pueden ser de aplicación obligatoria por parte de los jueces.

[45] Leiter, Brian, "Law and Objectivity" en Coleman, Jules y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 978.

[46] Se trata de un argumento que se remonta a Moreso, *La constitución: un modelo para armar*, cap. 10, pp. 183-205.

[47] Véase, además, VALIDEZ y SISTEMA JURÍDICO.

[48] Puede verse la distinción en estos términos en Bulygin, Eugenio, "Time and Validity", en A. A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam, North Holland, 1982, pp. 65-82; Moreso, José Juan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, cap. 3; Moreso, José Juan y Navarro, Pablo E., "Applicability and Effectiveness of Legal Norms", *Law and Philosophy*, vol. 16, 1997, pp. 201-219; y Vilajosana, Josep M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces decidir de acuerdo con él. En este sentido, un defensor de positivismo excluyente podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces. Podría añadir que no hay más razones para contemplar dichas pautas morales como parte del Derecho de las que hay para suponer que cuando una disposición jurídica prohíbe la construcción de edificios de más de diez metros de altura en determinada zona, o limita el peso al que determinados ascensores pueden ser sometidos a cuatrocientos kilogramos, el Derecho incorpora el sistema métrico decimal.[49] Si bien este argumento puede convertir el debate entre ambos tipos de positivismo en un debate de palabras, esto es, en la adecuación de reconstruir el concepto de validez jurídica de una u otra manera, la tesis de la discreción judicial sigue siendo polémica. Y es así porque aunque no se incorpore al Derecho el sistema métrico decimal, las reglas (tal vez, constitutivas) de dicho sistema han de ser usadas por los jueces cuando deciden los casos a los que aplican normas que contienen expresiones que hacen referencia a tal sistema. Los jueces no tienen discreción en dichos casos. El problema que plantean las pautas morales es el de si son aptas para guiar el comportamiento de los jueces o, más bien, remiten a la discreción. Esta cuestión no puede ser resuelta por la distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad.

VI. Constitucionalismo garantista y positivismo jurídico incluyente

En una serie de trabajos Luigi Ferrajoli[50] ha defendido un constitucionalismo, denominado garantista, que mantiene la tesis más robusta de la separación entre el derecho y la moral y, también, el no-cognoscitivismo ético.[51]

[49] Véase, sobre ello Kramer, "Why The Axioms and Theorems of Arithmetic are not Legal Norms", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 27, pp. 555-562.

[50] Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democracia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, y, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011, pp. 15-53.

[51] Al respecto puede verse por ejemplo Prieto Sanchís, Luis, "'Principia iuris': una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional", *Doxa*, vol. 31, 2008, pp.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Veamos cuál era la posición de Ferrajoli en su perspicua e influyente presentación del garantismo hace ya más de veinte años:

> Una alternativa todavía más clara se produce según que el lenguaje usado por el legislador excluya o incluya términos *valorativos*. Como ejemplo de norma penal que designa un hecho y no un valor se puede señalar el art. 575 de nuestro código penal [el autor se refiere, es claro, al código penal italiano] que define el homicidio como el acto de "cualquiera que produce la muerte de un hombre"; en el extremo opuesto, como ejemplo de norma penal que expresa un valor y, por lo tanto, infringe el principio de estricta legalidad ["stretta legalità" es el nombre que Ferrajoli reserva para el principio de taxatividad], podemos recordar el art. 529 del mismo código que define los actos y los objetos obscenos como aquellos que "ofenden el pudor según el sentir común". La aplicación de la primera norma supone un juicio de hecho, del tipo "Ticio ha producido la muerte de un hombre"; la aplicación de la segunda supone, por el contrario, un juicio de valor del tipo "Ticio, según el sentir común, ha ofendido el pudor". El primer juicio, al referirse a un hecho empírico objetivo, es (relativamente) verificable y falsable, y es de esta manera un acto de conocimiento y de juris-dicción; el segundo, al referirse a una actitud de desaprobación del sujeto que lo pronuncia, es absolutamente inverificable e infalsable, y es, por lo tanto, un acto de valoración basado en una opinión subjetiva y meramente discrecional.[52]

Si Ferrajoli tuviera razón, esto es, si todas las proposiciones que presuponen un juicio de valor, no fueran aptas para la verdad y la falsedad (fuesen, como a veces se ha dicho, únicamente expresiones de emociones), entonces habría una razón muy fuerte para eliminar los términos valorativos de la formulación de las normas jurídicas: en presencia de conceptos valorativos nunca podríamos establecer si un caso individual es o no una instancia del concepto valorativo en cuestión. Es importante darse cuenta de que la presencia de conceptos valorativos en las normas jurídicas constituiría un problema mucho más grave que el de la vaguedad de los conceptos, porque al fin y al cabo los conceptos vagos sólo son problemáticos en los casos marginales de aplicación, mientras que los conceptos valorativos, con arreglo a esta concepción, serían problemáticos en *todos* sus casos de aplicación.[53]

Sin embargo, ¿qué razones tenemos para adoptar esta concepción de los conceptos valorativos? Parece que dicha concepción presupone la admisión de un enfoque escéptico en materia moral, es decir, un enfoque según el cual los juicios morales son sólo expresiones de emociones o bien prescrip-

325-354, Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, cap. 16.

[52] Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 100-101.

[53] Este argumento en Moreso, *La constitución: modelo para armar*, cap. 11, pp. 205-22-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ciones acerca de cómo debemos comportarnos y, por lo tanto, no pretenden describir el mundo. Este no es el lugar para una defensa del objetivismo en moral. Baste con apreciar que el argumento de Ferrajoli presupone el rechazo del objetivismo.

En los últimos trabajos de Ferrajoli[54] hay un refinamiento considerable de esta posición. Aunque sigue manteniendo su punto de vista, por razones ontológicas y epistémicas, de acuerdo con el cual no puede predicarse valor de verdad de los juicios morales; y sigue manteniendo también que el objetivismo moral lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral, explica más claramente su posición metaética. Por ejemplo,

> El rechazo del cognitivismo y del objetivismo moral, por otro lado, no debilita, ni aun mínimamente, la firmeza con la que defendemos nuestras tesis morales o políticas en materia de justicia, como las tesis sobre la igualdad o sobre la libertad …La alternativa al cognitivismo ético, en efecto, no es en absoluto, a mi parecer, el relativismo emotivista, o la idea de que los valores éticos son el fruto de preferencias inmotivadas, ni aún menos, el indiferentismo moral: personalmente tiendo a no usar la expresión "relativismo moral", a mi parecer altamente equívoca, sino la expresión "anticognitivismo (o anticognitivismo y antiobjetivismo) ético". La alternativa es simplemente la fundamentación, racionalmente motivada y argumentada, aunque no "verificada", de nuestras tesis ético-políticas, en cuanto tales normativas, en base a (nuestra concepción de) la justicia, más bien que en base a la verdad[55].

A esta posición metaética se suma una posición que acepta lo que denomina "la positivización de la "ley de la razón", es decir, la incorporación de la moralidad en el derecho. Por ejemplo:

> De este modo, el antiguo y recurrente contraste entre *razón* y *voluntad*, entre *ley de la razón* y *ley de la voluntad*, entre *derecho natural* y *derecho positivo*, entre Antígona y Creonte, que recorre la filosofía jurídica y política en su totalidad, desde la antigüedad hasta el siglo XX, y que corresponde al antiguo y también recurrente dilema y contraste entre el *gobierno de las leyes* y el *gobierno de los hombres*, ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la positivización de la "ley de la razón" –aun cuando históricamente determinada y contingente- bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales estipulados en ellas, como límites y vínculos a la "ley de

[54] Desarrollando las ideas presentes en Ferrajoli, *Principia Juris, op. cit.*; "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *op. cit.*; "El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivimo y neo-iusnaturalismo", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011, pp. 311-362; "La scelta come fondamento ultimo della morale", *Teoria Politica*, vol. 2, 2012, pp. 177-186; y, Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.

[55] Ferrajoli y Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo, op. cit.*, p. 67.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> la voluntad", que en democracia es la ley del número expresada por la voluntad de la mayoría.[56]

Esta posición es perfectamente compatible con la TI y Ferrajoli puede, de acuerdo con ella, ser contado entre las filas de los positivistas incluyentes. Que su modo de defender esta tesis sea cuidadoso en no colapsar la argumentación jurídica con la argumentación moral y en no dar alas al activismo judicial es un modo concreto de ser incorporacionista. Pero, tal y como lo veo, el constitucionalismo garantista de Ferrajoli presupone la tesis de la incorporación.

Sin duda que esta tesis de Ferrajoli está en tensión con sus posiciones metaéticas. En mi opinión la tesis de la incorporación presupone el objetivismo ético, si por tal entendemos algo similar a lo que Rawls atribuye a la ética kantiana: "decir que una convicción moral es objetiva, entonces, es decir que hay razones suficientes para convencer a todas las personas razonables de que es válida o correcta".[57]

VII. La objeción de la pendiente resbaladiza

Aquí no he discutido un argumento que a menudo se expone[58] contra la tesis de la incorporación. Un argumento que es, en realidad, una instancia del argumento de la pendiente resbaladiza: si el derecho puede remitir algunas veces a la moralidad, entonces puede hacerlo siempre y, de tal modo, el derecho perdería su capacidad de resolver los conflictos mediante reglas claras, públicas y accesibles a todos. Algo de este argumento puede considerarse implícito en el constitucionalismo garantista de Ferrajoli:[59] la razón que justifica resolver nuestros conflictos mediante normas jurídicas es que dichas normas son públicas, accesibles a todos y capaces de poner fin a

[56] Ferrajoli, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *op. cit.*, p. 25.

[57] Rawls, John, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000), p. 245.

[58] Raz, "Incorporation by Law", *op. cit.*; Shapiro, "Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?", *Ratio Juris*, vol. 22, 2009, pp. 326-338;,Bayón, Juan Carlos, "Derecho, convencionalismo y controversia" en Navarro, Pablo E. y Redondo, María Cristina (eds.): *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 57-92; Marmor, *Philosophy of Law, op. cit.*

[59] Véase Moreso, Jose Juan, "Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011, pp. 183-199

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

las discrepancias que podemos tener acerca de cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias. Si las normas jurídicas y, en especial, las normas constitucionales remiten a consideraciones morales, entonces no disponemos ya de normas públicas, accesibles y opacas a las razones subyacentes. Como a veces se dice, las normas jurídicas entonces no realizarían ninguna *diferencia práctica*. La tesis de la diferencia práctica puede formularse del siguiente modo: si las pautas jurídicas aplicables por los jueces remiten a pautas morales, dichas pautas no están en condición de motivar la conducta de los jueces, porque dichas pautas no añaden nada a las razones que los jueces ya tendrían, si fueran racionales, para actuar. En otras palabras, las remisiones del Derecho a la moralidad son superfluas y, por lo tanto, la única concepción plausible del Derecho, como un instrumento capaz de producir diferencia práctica, es el positivismo excluyente.

Veamos el argumento en la versión de Scott Shapiro.[60] Shapiro ha elaborado un argumento tratando de mostrar que la distinción entre aplicar y crear el derecho no es exhaustiva. Este es su argumento:

> [Los positivistas jurídicos incluyentes] imaginan que si los jueces encuentran el derecho en los casos difíciles, no pueden crearlo. La verdad, sin embargo, es que los jueces pueden hacer ambas cosas. Pueden aplicar el derecho actuando como la moralidad les requiere y aplicando derechos preexistentes decidiendo a favor de la parte con el mejor título moral. Aún así, pueden crear nuevo derecho y nuevos derechos al reconocer que una de las dos partes en litigio debe vencer. Bajo una descripción, "decidir por la parte con el mejor derecho desde el punto de vista moral", la decisión es jurídicamente requerida; bajo la otra, "decidir por el destinatario de la promesa", es jurídicamente no regulada.

Este parece un argumento inconcluyente. Vayamos a nuestro ejemplo de las penas crueles: según Shapiro, los castigos crueles desde el punto de vista moral están prohibidos por el derecho y, bajo esta descripción, los jueces no tienen discreción; sin embargo, los jueces tienen discreción para aplicar, bajo esta descripción, la pena del saco. Si es verdad que la constitución prohíbe las penas crueles y es verdad que la *poena cullei* es cruel, entonces la pena cruel está prohibida por la constitución y los jueces no tienen discreción alguna. Sin embargo, para que esta respuesta a Shapiro fuese plenamente convincente debería mostrarse que el derecho requiere todo aquello que está implícitamente implicado por sus requerimientos. No su-

[60] Shapiro, *Legality, op. cit.*, pp. 279-28, también, "Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?", *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ponerlo así sería, sin embargo, adoptar una versión algo ingenua del derecho; como si fuese el resultado deliberado de las órdenes de una sola persona. Sólo en este sentido, podría sostenerse que algo que es querido bajo una descripción, no lo es bajo otra. De un modo, tal vez, semejante a como alguien pude decir que quiere comerse este plato de langosta, bajo la descripción de tomar algo sabroso con este *sauvignon* delicioso, y no lo quiere, bajo la descripción de tomar algo que aumenta el ácido úrico en el cuerpo.

Creo que esta crítica cede si son plausibles los dos siguientes argumentos: en primer lugar, que las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del derecho interviene activamente la argumentación moral[61] y, en segundo lugar, que la diferencia práctica del derecho va de la mano de su estructura institucional.[62]

Muchos supuestos de aplicación del derecho son opacos a las razones morales subyacentes. Cuando un juez rechaza una demanda por hallarse fuera de plazo, lo hace sin acudir a la razón subyacente que justifica, por razones de seguridad, estabilidad de las expectativas y adecuado funcionamiento de la administración de justicia, el hecho de poner límites temporales a la interposición de nuestras reclamaciones jurídicas. Sencillamente la rechaza por estar fuera de plazo. El recurso a las razones morales ha de estar reconocido, de un modo u otro, por las razones jurídicas. Cuando, por ejemplo, la constitución española prohíbe, en su artículo 15, los tratos inhumanos o degradantes, habilita al Tribunal Constitucional (el único competente para apreciar la constitucionalidad de las leyes en España) a razonar moralmente cuando se le plantea, por ejemplo, si es constitucional la norma penitenciaria que niega a algunos presos las denominadas comunicaciones íntimas.

Este último ejemplo puede servir también para comprender cómo la estructura institucional del derecho es la que permite a las normas con consideraciones morales realizar una diferencia práctica, conservar la fuerza normativa. Me explico: si la denegación de las comunicaciones íntimas a determinados presos es una norma de rango reglamentario, entonces un funcionario de prisiones no puede acudir al razonamiento moral para apli-

[61] Una posición según la cual si se acepta el incorporacionismo entonces no hay modo plausible de detener la invasión del derecho por parte de la moralidad en Orunesu, Claudina; Perot, Pablo y Rodríguez, Jorge L., "Derecho, moral y positivismo", en Orunesu, Claudina, *et al.*, *Estudios sobre la interpretación y la dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005, pp. 59-90.

[62] Para este segundo punto véase el sugerente estudio de Atienza y Ruiz Manero, "La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica", *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

carla, para él la norma es totalmente opaca a las razones subyacentes. En cambio, un juez de vigilancia penitenciaria puede considerarla inconstitucional, y como tal nula e inaplicable. Si, en cambio, se trata de una norma con rango de ley, entonces el juez sólo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad y es el Tribunal Constitucional el único competente para anularla. Es decir, en virtud de la estructura institucional dichas normas adquieren diverso peso normativo, tienen un grado de opacidad diferente para los diversos aplicadores del derecho. La incorporación de la moralidad en el derecho puede ser vista como el proceso de levantar progresivamente el velo de la opacidad de las reglas.

En resumen, la tesis de la incorporación es compatible con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, puesto que el derecho incorpora pautas morales de manera contingente y dependiendo de cuál sea su contenido. Es también más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestras fuentes jurídicas constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros Tribunales, recurren a menudo al lenguaje de la moralidad. La tesis de la incorporación explica las razones, el alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del derecho.

VIII. El convencionalismo y el positivismo jurídico incluyente

Como es sabido, una de las más habituales defensas de la tesis iuspostivista de las fuentes sociales del derecho es su interpretación *convencionalista*. A menudo, la regla de reconocimiento hartiana ha sido interpretada, de uno u otro modo, como una convención.[63] Al margen de la adecuación de este enfoque, algunos autores han tratado de poner de manifiesto que dicho enfoque es incompatible con la tesis de la incorporación defendida por el positivismo jurídico incluyente.

[63] Vd., por ejemplo, los libros colectivos de Coleman, Jules (ed.) *Hart´s Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001; y Redondo, M. Cristina (ed.) *Il Postscript di H.L.A.Hart*, en *Ragion Pratica*, Il Mulino, Bologna, 2003. Puede verse también Lagerspetz, Eerik, *The Opposite Mirrors. An essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht, Kluwer, 1995; Vilajosana, *El derecho en acción, op. cit.*; Sánchez Brígido, Rodrigo E., *Groups, Rules and Legal Practice*, Dordrecht, Springer, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Andrei Marmor, un defensor en diversos trabajos[64] de este enfoque, argumenta así cuando se refiere a la posibilidad del error en la comunidad jurídica: "Si se suscribe el criterio positivista conforme al cual la juridicidad es, al final, una cuestión de reglas sociales, entonces la idea de que una comunidad entera pueda equivocarse acerca de las leyes que la regulan es, como mínimo, misteriosa".[65]

Sabemos como decía que, en la literatura iuspositivista, a menudo se ha adoptado un enfoque convencionalista acerca de los criterios últimos de identificación del derecho. Entonces, arguye Marmor, no es razonable que estemos equivocados acerca de hechos que son convencionales y, en cambio, si es razonable que estemos (incluso todos) equivocados acerca de la moralidad de determinados comportamientos. Hay que reconocer que es verdad que el derecho no sería comprensible como práctica social si cupiera el error generalizado sobre todos los aspectos. Sin embargo, esto es compatible con un error generalizado sobre algunos aspectos, precisamente aquellos en los que se remite a la moralidad. Cuando la Corte Suprema de Estados Unidos decidió que la segregación racial en las escuelas era contraria a la constitución americana asumió que hasta ese momento había habido un error ampliamente generalizado acerca de lo que la Constitución requería.[66]

Juan Carlos Bayón usa un argumento ligeramente diferente.[67] Bayón sostiene, convincentemente, que el incorporacionismo supone la posibilidad de que exista una convención para guiarse por criterios no convencionales y, de este modo, puede suponer que la existencia del derecho depende, en último término, de criterios convencionales aunque su contenido pueda ser identificado mediante criterios no convencionales. Y entonces arguye:

> Pero la réplica -que me parece correcta- del partidario de la versión fuerte de la tesis social es que esa vía media es ficticia, porque la idea misma de una convención de seguir criterios no convencionales resulta incoherente. Para que exista una regla convencional es necesaria una práctica social convergente y, por tanto, algún grado de acuerdo. Pero si hay acuerdo acerca del contenido de los criterios a los que esa pre-

[64] Véase, Marmor, Andrei, *Social Conventions*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

[65] Marmor, *Philosophy of Law, op. cit.*, 2011, p. 97.

[66] Véase, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).[

[67] Bayón, Juan Carlos, "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en Zapatero, Virgilio (comp.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, vol. 2, 2002, pp. 33-54; también Derecho, convencionalismo y controversia", *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> sunta convención compleja se remite -y se entiende que la extensión de ese acuerdo define la extensión de la convención-, entonces no es cierto que dichos criterios sean no convencionales; y si dicho acuerdo no existe, entonces no hay práctica social convergente alguna y por tanto no hay en realidad regla convencional. En suma, una presunta convención de seguir criterios no convencionales o bien es una convención sólo aparente, o bien su contenido no es en realidad seguir criterios no convencionales. Así que el incorporacionismo queda expuesto al siguiente dilema: o bien abandona el convencionalismo, o bien acaba siendo indistinguible del positivismo excluyente.[68]

Creo, no obstante, que el argumento de Bayón sería correcto si la convención pudiera, por así decirlo, autoanularse siempre. Pero si es posible mostrar que hay algunos elementos del derecho que no pueden recurrir a la moralidad, entonces es posible sostener un modo de escapar al dilema. Trataré de mostrar cómo en el siguiente apartado.

IX. La tesis de la incorporación y las decisiones finales

Kenneth E. Himma, que había mostrado simpatía hacia el positivismo jurídico incluyente,[69] ha cambiado su posición convencido de no haber tenido en cuenta anteriormente la importancia de las decisiones de las autoridades finales, es decir, el hecho de que lo que las sentencias que devienen firmes establecen, constituye la última palabra en el derecho.[70]

Dicho muy resumidamente el argumento de Himma es el siguiente: si el positivismo incluyente llevase la razón y dado que –esto no lo pone en duda el autor– la Constitución de Estados Unidos incorpora pautas morales, entonces el último criterio de validez jurídica en el sistema jurídico de este país sería el siguiente:

[68] Bayón, "El contenido mínimo del positivismo jurídico", p. 48.

[69] Himma, Kenneth E., "Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms", *Legal Theory*, vol. 5, 1999, pp. 415-434

[70] Himma, Kenneth E., "Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States", *Journal of Law and Society*, vol. 42, 2003, pp. 149-218; "Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism", *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005, pp. 1-45; y, "Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition", en Adler, M.D. y Himma, K. E. (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 95-121.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> *Formulación de la mejor interpretación objetiva*: Una norma promulgada debidamente es jurídicamente válida si y sólo si se conforma con aquello que, como cuestión objetiva, es la mejor interpretación desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución.[71]

Según Himma, este no puede ser el último criterio de validez jurídica en los Estados Unidos, porque las decisiones finales de la Corte Suprema, aún si no toman en cuenta la mejor interpretación desde el punto de vista moral, son las que tienen fuerza de obligar a todos los operadores jurídicos, al resto de Tribunales y a los miembros de la administración, y esta es una obviedad que conocen todos los familiarizados con el sistema jurídico de los Estados Unidos. Lo mismo sucede con los sistemas jurídicos europeos. Las decisiones finales de nuestros Tribunales Constitucionales tienen fuerza vinculante para todos los jueces y Tribunales y para todos los órganos de la Administración. Y las decisiones finales de nuestros Tribunales Supremos también, aunque de un modo diferente –como es obvio- al del sistema del *binding precedent* anglosajón.

Por esta razón, Himma sostiene que la anterior formulación (y otras muchos que ensaya en sus trabajos) deben ser abandonadas y sustituidas por la siguiente formulación del criterio último de validez:

> *Formulación de la mejor interpretación del Tribunal*: Una norma promulgada debidamente es jurídicamente válida excepto si es declarada inconstitucional con arreglo a lo que la mayoría de los magistrados deciden que es, como una materia objetiva, la interpretación mejor desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución.[72]

El problema de esta posición es, simplemente, que se convierte en otra versión del punto de vista según el cual el derecho es lo que los jueces dicen que es. Y esto no reconstruye razonablemente nuestra práctica que incluye la conciencia de que los jueces se equivocan. No reconstruye la práctica de que, dicho con Hart,[73] una cosa es que las decisiones de determinados Tribunales sean finales, y otra muy distinta es que sean infalibles. En otros lugares he denominado a esta doctrina la doctrina *Julia Roberts*[74] puesto que

[71] Himma, "Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition", *op. cit.*, p. 119

[72] Himma, "Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition", *op. cit.*, p. 120.

[73] Hart, *The Concept of Law, op. cit.*, pp. 141-147

[74] Moreso, *La constitución: un modelo para armar*, cap. 9, pp. 175-182 y "La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables" en Moreso, José Juan, Prieto Sanchís, Luis, y, Ferrer

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en un caso relativamente reciente, *Lawrence v. Texas*,[75] el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió anular *Bowers v. Hardwick*,[76] y revocar la sentencia de la Corte del Tribunal de Apelación del Distrito de Texas, al considerar que las imputaciones penales por relaciones sexuales entre adultos en el domicilio vulneran intereses fundamentales como la libertad y la intimidad protegidas por la cláusula del debido proceso de la enmienda catorce de la Constitución americana. El Tribunal afirma: "*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled". Si se me permite una frivolidad, podríamos decir que *Julia Roberts tenía razón*, porque al comienzo de la película *El informe pelícano*, el personaje interpretado por la actriz Julia Roberts, una estudiante de Derecho, discute con su profesor de Derecho Constitucional acerca de *Bowers*, y arguye que la ley de Georgia que califica la sodomía como un delito penal era inconstitucional. El profesor replica: "Well, the Supreme Court disagree with you, miss Shaw. They found that the state did not violate the right of privacy. Now, why is that?", y la estudiante contesta: "Because, they are wrong".

No me parece razonable, sin embargo, considerar que todo lo que el derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas, como a veces se sugiere. Algunos aspectos de la práctica han de estar protegidos de esta controversia si la práctica debe tener la cualidad procesal de poner un final institucional a las controversias. En mi opinión -y expuesto de modo muy tentativo- al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones:[77]

a. Las reglas que confieren poderes y las reglas de adjudicación en aquello que se refiere a la determinación de los órganos jurídicos y de los procedimientos.

b. Las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales.

Beltrán, Jordi, *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2010, pp. 49-86.

[75] 539 U.S. 558 (2003).

[76] 478 U.S. 186 (1986).

[77] Obviamente que así se concede una parte de la razón a los positivistas exclusivos que sostienen que la existencia y el contenido del derecho se determina sin recurrir a la moralidad. Es un argumento que ya presenté en Moreso, "La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables," *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

c. Las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos.

Los tres puntos merecen algún comentario. En relación con el primero, es obvio que las reglas que confieren poderes son controvertidas también por lo que refiere al contenido, a la competencia material, que suele estar limitada por disposiciones superiores ampliamente controvertidas: así el Parlamento limitado por las disposiciones constitucionales. Sin embargo, la determinación de quién sea el Parlamento o el Tribunal Constitucional puede determinarse sin recurrir a juicios de valor.

Las decisiones individuales que ponen fin a las controversias han de atribuir derechos y deberes de un modo claro. Una sentencia penal debe condenar a X por haber cometido el delito D, no puede condenar a X bajo la condición de que no estuviera amparado por una causa de justificación (lo que seguiría siendo controvertible).

Respecto del último punto es importante notar que, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió en *Bush v. Gore*[78] que la decisión del Tribunal Supremo de Florida que establecía la necesidad de recontar los resultados de la elección presidencial en el Estado de Florida era inconstitucional y, de este modo, permitió que George Bush fuera proclamado Presidente. Fue una decisión muy controvertida y destacados juristas piensan que es equivocada,[79] pero nadie ha defendido, hasta donde yo sé, que Bush fue proclamado Presidente de los Estados Unidos de modo ilegal.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cualquier teoría jurídica debe hacer compatible dos dimensiones del derecho que se hallan en tensión. Por un lado, el derecho tiene una dimensión sustantiva, regula el comportamiento, establece deberes y derechos de los ciudadanos, que pueden obviamente ser vulnerados. Al ejercer esta función el derecho algunas veces remite a la argumentación moral y, de este modo, hace que la corrección y validez jurídica dependa del acuerdo con la moralidad de determinadas acciones. Por otro lado, el derecho tiene una dimen-

[78] 531 US 98 (2000).

[79] Vd., por ejemplo, Dworkin, Ronald, (ed.) *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, New York: The New Press, 2002.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sión procedimental, establece mediante qué procedimientos cuáles son las autoridades jurídicas que ponen fin a las controversias. Esta dimensión no puede estar abierta a la moralidad, porque entonces sería virtualmente imposible poner fin a las controversias. La dimensión procesal del derecho le confiere de la necesaria estabilidad en la que descansan las múltiples controversias y desacuerdos sobre las cuestiones sustantivas.

XI. Bibliografía

AGUSTÍN DE HIPONA, *De libero arbitrio*, disponible online en: http://www.augustinus.it/latino/libero_arbitrio/index.htm

ALCHOURRÓN, Carlos E., y, BULYGIN, Eugenio, "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en Carlos Alchourrón, y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert, *Begriff und Geltund des Rechts,* Freiburg/München, Verlag Alber, 1999.

_____, "On Necessary Relations Between Law and Morality", *Ratio Juris,* vol. 2, 1988.

ATIENZA, Manuel, y, RUIZ MANERO, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía*, vol. 27, 2007.

_____, "La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica", *Doxa,* vol. 24, 2001.

ATRIA, Fernando, *Law and Legal Reasoning*, Oxford: Hart Publishing, 2002.

_____, "Sobre las lagunas" en Atria, Fernando, *et al*, *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

BAYÓN, Juan Carlos, "Derecho, convencionalismo y controversia" en Pablo Navarroy María Cristina Redondo (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, 2002.

_____, "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en Zapatero, Virgilio (comp.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel,* Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, vol. 2, 2002.

BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Milano, Communità, 1965

BULYGIN, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "Time and Validity", en A. A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam, North Holland, 1982.

CAMPBELL, Tom D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Darmouth, 1996.

CARRIÓ, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1971.

COLEMAN, Jules (ed.), *Hart's postscript: Essays on the Postscript to* The Concept of Law, Oxford, Oxford University Press, 2001.

_____, "Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, vol. 4, 1988.

_____, "Negative and Positive Positivism", *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, pp. 139-162.

_____, "Second Thoughts and Other First Impressions" in Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

_____, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

DWORKIN, Ronald, (ed.) *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, New York: The New Press, 2002.

_____, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press), 2011.

_____, *Justice in Robes* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006.

_____, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.

_____, "The Law of the Slave-Catchers" en *Times Literary Supplement*, December 5, 1975.

DYZENHAUS, David, "Positivism's Stagnant Research Programme", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2000.

ENDICOTT, Timothy A.O., "Raz on Gaps—The Surprising Part", en Thomas Pogge, Lukas Meyer, and Stanley Paulson (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Essays After Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico*, Madrid, Civitas, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011.

_____, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democracia*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

_____, "El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivimo y neo-iusnaturalismo", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011.

_____, "La scelta come fondamento ultimo della morale", *Teoria Politica*, vol. 2, 2012.

FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.

GARDNER, John, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001.

GARGARELLA, Roberto, "El nacimiento del constitucionalismo popular", *Revista de Libros*, núm. 112 (abril), 2006.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral", *Doxa*, vol. 8, 1990.

GREEN, Leslie, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals," *New York University Law Review, vol.* 83, 2008.

GUASTINI, Riccardo, "Lo scettecismo interpretativo revisitato", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 36, 2006.

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2 ed. P. Bulloch y Joseph Raz (eds.) Oxford, Oxford University Press, 1994.

HIERRO, Liborio, "¿Por qué ser positivista?", *Doxa,* vol. 25, 2002.

HIMMA, Kenneth E., "Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism", *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005.

_____,"Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms", *Legal Theory*, vol. 5, 1999.

_____, "Inclusive Legal Positivism" en Coleman, Jules y Shapiro, Scott, (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

_____, "Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States", *Journal of Law and Society,* vol. 42, 2003.

_____, "Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition", en Adler, M.D. y Himma, K. E. (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

HUGHES, G.E. y CRESSWELL, M.J., *A New Introduction to Modal Logic*, London: Routledge, 1996.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R.J. Brie,, Madrid, Tecnos, 1931/1985.

_____, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley: California University Press, 1957.

KERR, Philip, *A Philosophical Investigation* , London, Chatto & Windus, 1992. [traducida al castellano por M. Bach como *Una investigación filosófica*, Barcelona, Anagrama, 1996]

KRAMER, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

KRAMER, Matthew, "Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, 2001.

_____, " How Moral Principles Can Enter into the Law" en *Legal Theory*, vol. 6, 2000.

_____, "Why The Axioms and Theorems of Arithmetic are not Legal Norms", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 27.

LAGERSPETZ, Eerik, *The Opposite Mirrors. An essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht, Kluwer, 1995.

LAPORTA, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

LEITER, Brian, "Explaining Theoretical Disagreement, *University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2009.

_____, "Law and Objectivity" en Coleman, Jules y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

_____, "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", *Ethics*, vol. 111, 2001.

LYONS, David, "Principles, Positivism and Legal Theory," *Yale Law Journal*, vol. 87, 1977.

MARMOR, Andrei, "Exclusive Legal Positivism", en Coleman, Jules y Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

_____, *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011.

_____, *Social Conventions*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

MORESO, Jose Juan, "Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* vol. 34, 2011.

_____, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

_____, "La ciudadela de la moral en la corte de los juristas", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 28, 2012, pp. 119-140.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

_____, "La lectura moral del Derecho" (Recensión de Ronald Dworkin, *La justicia con toga), Revista de Libros*, vol. 142, 2008.

_____, "Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality" en Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni, (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press.

_____, "La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables" en Moreso, José Juan, Prieto Sanchís, Luis, y, Ferrer Beltrán, Jordi, *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2010.

_____, "Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality" en Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni, (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

_____, "Legal Positivism and Legal Disagreements", *Ratio Juris*, vol. 22, 2009.

MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo E., "Applicability and Effectiveness of Legal Norms", *Law and Philosophy*, vol. 16, 1997.

NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994.

ORUNESU, Claudina; PEROT, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge L., "Derecho, moral y positivismo", en Orunesu, Claudina, *et al.*, *Estudios sobre la interpretación y la dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005.

PERRY, John, "Textualism and the Discovery of Rights", en Marmor, Andrei y Soames, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

PRIETO SANCHÍS, Luis, "'Principia iuris': una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional", *Doxa*, vol. 31, 2008.

RADIN, Max, "The *Lex Pompeia* and the *Poena Cullei*", *Journal of Roman Studies*, vol. 10, 1920.

RAWLS, John, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2000.

RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

_____, "Incorporation by Law", *Legal Theory*, vol. 10, 2001.

_____, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

REDONDO, M. Cristina (ed.) *Il Postscript di H.L.A.Hart*, en *Ragion Pratica,* Il Mulino, Bologna, 2003.

ROSS, Alf, *On Law and Justice*, London, Stevens and Sons, 1958.

SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo E., *Groups, Rules and Legal Practice*, Dordrecht, Springer, 2010.

SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizione di Comunità, 1965.

SHAPIRO, Scott, *Legality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011.

_____, "On Hart"s Way Out", *Legal Theory*, vol. 4, 1998.

_____, "The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed", en A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

_____, "Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?", *Ratio Juris*, vol. 22, 2009, pp. 326-338., aju_428 326.338

SOPER, Philip, "Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin, Dispute", *Michigan Law Review*, vol. 75, 1977.

TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae,* http://www.corpusthomisticum.org/sth1001.html.

TROPER, Michel, "Une théorie réaliste de l'interprétation", en Jouanjean, Olivier (ed.), *Dossier Théories réalistes du droit*, Strasbourg: PU de Strasbourg, 2001.

TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

VILAJOSANA, Josep M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

_____, "Sobre recepción de normas", *Isonomia*, vol. 8, 1998.

WALUCHOW, Wilfred J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

WALDRON, Jeremy, "Normative (or Ethical) Positivism" en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

_____, "Vagueness and the Guidance of Action", Marmor, Andrei y Soames, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press), 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 5
TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Joxerramon Bengoetxea*

Sumario: I. *Teoría del Derecho, Razón Práctica e Institución*. II. *Teorías Institucionalistas del Derecho.* III. *Una Teoría Institucional del Derecho*. IV. *Bibliografía Recomendada*.

I. Teoría del Derecho, Razón Práctica e Institución

Dentro de la filosofía práctica, hay enfoques que reparan en aspectos esenciales de la normatividad jurídica y de los sistemas normativos o sistemas jurídicos, se repara en la centralidad de las normas, o en la lógica de las normas, en la estructura del sistema jurídico, en el poder, en el orden, en el discurso, en la argumentación o la retórica, en la semiótica, en la centralidad de la economía a la hora de explicar los fenómenos jurídicos, en el conflicto, en el derecho como sistema de normas o como sistema cibernético, autopoiético, etcétera. La teoría institucional concibe el derecho como institución. Al abordar la teoría institucional, la dicotomía clásica se da, o se daba entre el derecho como norma y el derecho como institución. Así lo veían los primeros teóricos institucionalistas como Romano y Schmitt. Pero hay distintos conceptos de institución, y además se trata de un concepto bastante complejo.

En esta contribución pretendo presentar los rasgos esenciales de la teoría institucional del derecho que supera dicha dicotomía, en la versión que en su día propusieran conjuntamente Neil MacCormick y Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*[1] y que posteriormente desarrollara Neil MacCormick, culminando en su obra seminal

* Profesor titular de filosofía del derecho en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (Donostia-San Sebastian), España.

[1] MacCormick, Neil y Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 207-223.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Institutions of Law.[2] Para ello resulta conveniente identificar los tipos de problemas teóricos que interesan a la teoría institucional del derecho, es decir la teoría que concibe el derecho como institución, pero sin por ello negar la centralidad de las normas o del ordenamiento normativo.

Cuando se habla de "institución" en el derecho o en las disciplinas dogmáticas normativas posiblemente se recurre a un concepto distinto del que se usa en ciencias sociales, y ello a pesar de que el vocablo utilizado coincida: así "familia" es una institución social y también jurídica, pero al ser concebida como "institución" en el discurso teórico sociológico y en el discurso teórico jurídico cobran un sentido y un significado o referencia distintos.[3] Las instituciones en el derecho se suelen dividir, según el ámbito o categoría de derecho, en instituciones de derecho público o privado. Así, las instituciones de derecho privado son ámbitos conformados por distintos tipos de reglas y que a su vez generan normas estrictamente privadas cuyo efecto se circunscribe a dichas instituciones, por ejemplo la institución del "contrato" o de la "hipoteca" o de la "filiación", etc. Las instituciones de derecho público están igualmente conformadas por reglas o normas, normalmente de rango primario o constitucional, o como desarrollo de éstas, pero además son, a su vez, generadoras de normas con pretensión de universalidad. Algunas de éstas instituciones son organismos u órganos, por ejemplo un Parlamento, y otras son conjuntos de normas y principios normativos pero que no suponen la creación o la existencia de órganos, por ejemplo la "iniciativa legislativa popular".

La regla de reconocimiento, mediante la cual identificamos como pertenecientes a un sistema jurídico concreto una serie de normas o de postulados normativos, y la operación práctica de las reglas jurídicas, implican que los agentes y destinatarios de las normas les otorgan un grado suficiente de validez o vinculatoriedad y que comprenden su sentido de un modo suficiente para poder acatar, cumplir, seguir y aplicar dichas normas, o para poder romperlas. Desde un punto de vista externo quizá pudieran describirse las normas con un compendio de regularidades del comportamiento: órdenes o permisos y conductas conformes que crean pautas de comportamiento (el hábito de obediencia austiniano) o sanciones aplicadas, que confirman la existencia de las reglas. Pero esta perspectiva externa no

[2] MacCormick, Neil, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford, 2007.

[3] Émile Durkheim entendía por "*institution*" todas las creencias y modos de conducta instituidos por un grupo social o colectividad y que cobran una existencia o realidad propias fuera de los individuos que se guían por dichas creencias y modos de conducta en cada momento".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

nos explica por qué las reglas vinculan, por qué sus destinatarios pueden llegar a considerarlas normas válidas y exigibles. Para ello debemos comprender, desde un punto de vista interno de los usuarios y operadores de las reglas, en qué consiste la regla o la idea de seguir una regla, *to follow a rule*. La cuestión es si también el teórico o científico del derecho debe adoptar ese punto de vista (*verstehende*) o actitud crítica reflexiva hacia las reglas (véase, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO).

En su libro sobre Hart y en el apéndice a *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacCormick realiza una interesante distinción entre lo que llama el punto de vista interno volitivo y el cognitivo.[4] Para que funcione el derecho es necesario que los operadores jurídicos y una mayoría social asuman el punto de vista volitivo mientras que el resto de la sociedad puede limitarse a una pragmática e interesada observancia. Para captar el fenómeno de la normatividad basta con asumir la perspectiva cognitivamente interna, la metodología próxima a la antropología social, pero ésta siempre será dependiente del punto de vista volitivo. No es necesario implicarse axiológicamente en la perspectiva de quienes se sienten vinculados por dichas normas, en contra de lo que defenderá Dworkin en *Law's Empire*,[5] sino que basta con comprender en qué consiste dicho sentimiento de vínculo. En cierto modo, el famoso profesor de derecho anarquista del que hablaba Kelsen, debe tener una comprensión fenomenológica de lo que implica acatar las reglas. En la medida en que las instituciones se conforman por reglas, estas consideraciones son extensibles al contexto de la teoría institucional dentro del ámbito más amplio de la razón práctica.

Algo que caracteriza especialmente al tipo de razonamiento que se utiliza en el derecho respecto de los restantes ámbitos de la razón práctica reside no ya en esta forma de entender el carácter de las normas sino en el peso que tienen los argumentos de autoridad en el derecho, el hecho de que dichas normas y las instituciones que ellas configuran vienen dictadas o emanadas por autoridades a quienes se reconoce una especial legitimidad o autoridad para dictar dichas normas, siendo la fuente de dicha autoridad precisamente otras normas igualmente reconocidas como legítimas en el contexto de instituciones como la democracia representativa mayoritaria, el sistema jurisdiccional, el gobierno elegido por un parlamento, etcétera.

Los argumentos de autoridad ocupan un lugar especial, no exclusivo ni excluyente, pero sí prominente, en la argumentación jurídica. Uno de los

[4] MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, Standford University Press, Standford, 1981, pp. 33-44 y MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory* (revised edition), Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 275-92.

[5] Dworkin, Ronald M., *Law's Empire*, Cambridge M.A., Harvard University Press, 1986.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

rasgos del derecho es que allí donde opera, el derecho instituye un tipo especial de razonamiento sobre asuntos prácticos que prescinde de una deliberación general o abstracta sobre lo que en un contexto determinado sería mejor hacer o no hacer. La argumentación jurídica, por ejemplo la aplicada en las sentencias judiciales, es institucional hasta el extremo de poder exigir que se descarten argumentos o razones que desde otras perspectivas discursivas prácticas – éticas, económicas, políticas, técnicas – podrían considerarse pertinentes, pero que vienen explícita o implícitamente descartadas por las normas jurídicas pertenecientes al sistema concreto en el que discurre dicha argumentación jurídica. (ver, TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA). Cuando se apela al derecho no se toman en consideración todos los factores posibles sino que se toman en cuenta los requisitos del derecho (incluyendo permisos y capacidades), y la decisión se centra en la aplicación o el cumplimiento de dichos requisitos. La omnipresencia de las razones de autoridad no es sin embargo independiente de las razones más substantivas de la argumentación práctica.

Los argumentos de autoridad presuponen una pretensión de obediencia: donde la autoridad se ejerce legítimamente, la desobediencia es, prima facie, incorrecta. Las razones sobre las que se basan las razones de autoridad no pueden ser a su vez, exclusivamente, razones de autoridad. Para hacer inteligible este tipo de razones se debe entrar en una argumentación teleológica o deontológica o mixta. Se debe alegar que es correcto respetar normas dictadas de un cierto modo o ciertos valores – acaso la paz o el orden social - asegurados por la observancia de tales normas. Dicho esto, el derecho es un foro de argumentación institucional o, si se prefiere, institucionalizado en la medida en que otorga necesariamente un lugar central a las "razones de autoridad" en la forma de leyes, precedentes, fuentes doctrinales y similares.

II. LAS TEORÍAS INSTITUCIONALISTAS DEL DERECHO

Distinguimos ahora entre las teorías institucion*ales* y las teorías institucion*alistas* del derecho. Para las primeras el concepto de institución resulta esencial para comprender los fenómenos jurídicos y su especificidad dentro de la razón práctica en general. Para la segunda, la explicación del derecho discurre siempre a través de la institución, es como una institución de instituciones (meta-institución) que termina relegando a segundo plano el concepto de norma o el mismo normativismo, y termina diluyendo incluso el

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

concepto de sociedad. El institucionalismo o teoría institucionalista es una doctrina jurídica que encuentra en el concepto de institución (jurídica) la explicación de todo fenómeno social de modo que el derecho mismo termina por identificarse con la institución que crea las normas según el adagio *ubi societas ibi ius*.

Veamos tres posibles corolarios de esta visión. Un corolario de esta doctrina llega a afirmar la hipertrofia jurídica, ya que toda forma de vida asociada que implique el seguimiento de normas – sociales, éticas, políticas, etcétera - se reconduce a una institución jurídica y no existen formas institucionales fuera del derecho. Es un expansionismo jurídico. Otro corolario de esta doctrina contempla a la institución (jurídica) como la forma más perfecta y desarrollada de organización, apta para asegurar la efectividad de la organización. Nos encontramos frente a un perfeccionismo jurídico. El otro corolario es reduccionista de lo no jurídico: si no se trata de normas jurídicas creadas por o acumuladas a lo largo de la institución del derecho, no son normas, por lo que toda norma resultará ser jurídica. Estos tres corolarios hacen del institucionalismo una teoría poco realista, más bien idealista o formalista, que casa perfectamente con los moldes positivistas clásicos.

El institucionalismo se desarrolla por autores interesados en el derecho público, sobre todo el constitucional o administrativo y responde a preocupaciones del tipo: ¿cómo se puede integrar a las personas en estructuras y proyectos colectivos y asegurar las relaciones interpersonales, la interdependencia mutua? ¿De dónde viene la legitimidad de la autoridad política? Así, el derecho tiene tres rasgos definitorios, la socialidad, el sistema y la pluralidad.

Esta doctrina institucionalista estaba reaccionando contra el normativismo extremo según el cual el derecho se comprende únicamente a través de las normas. Las normas son a su vez expresiones institucionalistas. Los principales exponentes de la teoría institucionalista son Maurice Hauriou y Santi Romano, y en cierto modo también Carl Schmidt.

Para Romano (1875-1947), el derecho es el cuerpo social que coincide con una organización concreta que funciona en una sociedad a través de la actividad jurisdiccional, las administraciones y los órganos estatales. Contra lo que pretenden los normativistas, el derecho alcanza mucho más allá del sistema de normas, ya que muchas de las normas identificables en el ordenamiento jurídico pueden considerarse irrelevantes o inexistentes.[6] Es un

[6] Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, Analli delle Università Toscane, 1917 [hay traducción castellana de Sebastián Martín-Retorillo y Lorenzo Martín-Retorillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964].

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

postulado cercano al realismo, pero termina postulando un idealismo institucional que reemplaza al idealismo de las normas al que critica. Para Romano, el derecho, antes de ser norma y de regular una relación jurídica concreta, es organización, estructura de la sociedad, entidad unitaria y autosuficiente, aunque nada impide que resulte una pluralidad de dichas unidades, si se identificasen varias sociedades paralelas o adláteres, algo que permite interpretaciones más modernas cercanas al pluralismo. A pesar de estos méritos de la teoría que permite explicar fenómenos pluralistas, nos encontramos ante una teoría circular que presupone de antemano la existencia de organización como presupuesto dado de la institución, en vez de explicar cómo las instituciones pueden generar a su vez organizaciones, no sólo ser el producto de las mismas.

Así Romano pretende ser realista o sociológico y considera por ejemplo a la mafia como una institución dado que lo que importa es que está organizada y desarrollada y que sea efectiva en lo que se propone, y en última instancia evita la discusión de la validez o aceptabilidad de las normas, que está también en la base de la sociabilidad jurídica. El derecho se va moldeando por la producción espontánea y está vigente toda vez que existan relaciones sociales que lo apoyen. El derecho nunca se inicia a partir de cero, sino que se agrega al derecho preexistente o lo modifica de tal modo que el legislador nunca crea en realidad derecho *ex novo*. En cierto modo la institución precede al derecho.

Maurice Hauriou (1883–1929) propuso una teoría de las instituciones que definía al estado como una institución corporativa diseñada para proteger la vida civil y la libertad. La institución a su vez es una idea o un proyecto de obra o de empresa que se realiza y perdura jurídicamente en un entorno social de modo que para realizar esta idea se va organizando un poder y se van creando unos órganos que se rigen por ciertos procedimientos y al mismo tiempo los miembros del grupo social comparten esa idea, ese proyecto, y de mutuo consuno lo reafirman. Así se asegura la legitimidad y el sentimiento de pertenencia e identidad política. El estado sería como una meta-institución o institución que hace posible todo tipo de fundaciones e instituciones que persiguen distintos proyectos o empresas.[7] Hauriou detecta una lenta evolución social distinguiendo entre instituciones vivas, que requieren del derecho para existir, e instituciones inherentes que han sido corporizadas en un poder organizado, trascendiendo la mem-

[7] Hauriou, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Larose, Paris, 1923.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

brecía de los individuos que puedan conformarla. Así la institución se personifica, se hace cuerpo, se corporativiza o se incorpora.

Tanto las teorías de Romano como de Hauriou otorgan una relevancia excesiva a un concepto de institución que no llegan a matizar y que termina idealizándose frente a otros elementos importantes del fenómeno jurídico. Indican el lugar dominante, central del Estado a principios del Siglo XX y a pesar de que no excluyen postulados pluralistas, el tipo de pluralismo depende de la co-existencia de sociedades paralelas como en las situaciones coloniales o en las sociedades complejas con subculturas marcadas. Schmitt dará un paso más grande y firme en contra del normativismo.

Un caso especial de institucionalismo es el de Carl Schmitt (1888-1985), conocido por otras teorías, como el derecho de excepción y la tesis amigos/enemigos, el antiliberalismo, la teología política, el Nomos de la Tierra, y no tanto por su institucionalismo decisionista y antinormativista. Se opone a las normas por su presupuesto de igualdad y universalidad para proponer el pensamiento o la doctrina del orden concreto, *konkretes Ordnungsdenken*, en su obra sobre los tres tipos de pensamiento jurídico *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*.[8] La institución encarnaría, frente a la norma, un ámbito de la decisión adoptado por una comunidad orgánica que no se funda sobre una convención, donde distintas personas se encuentran agrupadas (y atrapadas) en una totalidad que no pueden trascender y cuya regulación es inherente o propia; el organismo se autorregula y no necesita dotarse de ni dictar normas generales, abstractas y universales sino que se desarrolla a través de manifestaciones vitales y a través de las decisiones de los individuos que lo componen y que tienen una relación privilegiada con la comunidad. El institucionalismo se convierte en la ideología que justifica el decisionismo.

III. Una Teoría Institucional del Derecho

Frente a las clásicas teorías institucionalistas, desarrolladas en los convulsos momentos de la Europa de los totalitarismos (Romano y Schmitt fueron considerados como los ideólogos de los sistemas jurídicos totalitarios de sus respectivos estados, la Italia fascista y la Alemania nazi), aparece en la segunda mitad del S XX en Europa la teoría *institucional* del derecho, más

[8] Schmitt, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens,* Duncker & Humblot, Hamburg, 1934.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

modesta en sus ambiciones, y que recupera elementos esenciales como la acción social y el concomitante concepto de norma social y norma jurídica.

La teoría de la acción es esencial a la filosofía práctica, implica la existencia de actores y un comportamiento o actuación socialmente relevante (conforme o contrario a las normas). Desde un punto de vista ético implica además la libertad de acción y la responsabilidad kantianas. Esa relevancia social viene enmarcada en un contexto de normas jurídicas y prácticas e instituciones, jurídicas y sociales. Las personas son seres actuantes, agentes - conforme a normas o al menos en un marco conformado por normas e instituciones - y actores sociales, generadores de nuevas normas e instituciones. Como explica Weinberger,

> [e]ntre las normas sociales y las instituciones hay una relación esencial: la validez de las normas está en el hecho de que éstas constituyen la base para el funcionamiento de las instituciones; y las instituciones sólo pueden existir cuando contienen un núcleo de información práctica. Esta es la tesis básica de nuestra doctrina institucional que se opone diametralmente a la doctrina clásica de Hauriou y de Schmitt.[9]

Quizá exagere Weinberger en esta afirmación. Al fin y al cabo, los institucionalistas opuestos al normativismo no niegan la relevancia social de la institución y un institucional como Neil MacCormick concibe la institución como un mecanismo jurídico especial – el contrato, la propiedad, el matrimonio, y similares – que sirve como esquema de coordinación de expectativas recíprocas y de ajustes a las conductas. Es cierto que esta concepción reintroduce la teoría de la acción, pero esta teoría no quedaba desterrada completamente en la teoría de Hauriou ni en la de Romano. Al fin de cuentas quizá sea más una cuestión de terminología, ya que el discurso en torno a los "vínculos orgánicos" inherentes a una institución es más decimonónico y más cercano al totalitarismo. Pero las anomalías o anomias que representan los comportamientos, acciones o conductas que se salen de las instituciones sin por ello comportar un quebrantamiento de las normas quedan relegados a la categoría de lo social o jurídicamente irrelevante.

Desde su lección inaugural "*Law as Institutional Fact*"[10] hasta su conferencia de jubilación o "valedictory" titulada "*Just Law*",[11] la teoría institucional

[9] Bulygin, Eugenio, "Entrevista con Ota Weinberger", *Doxa*, vol. 11, 1992, p. 320

[10] MacCormick, Neil, "Law as Institutional Fact", *Law Quarterly Review*, vol. 90, 1974, pp. 102-129,

[11] MacCormick, Neil, "Valedictory Lecture: 'Just Law', 28 de enero 2008 en Playfair Library, University of Edinburgh (Puede escucharse en formato mp3 en la siguiente dirección: http://law-srv0.law.ed.ac.uk/media/42_professorneilmcormacksvalidictorylecture.mp3)

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

de MacCormick aparece como una forma de entroncar con la teoría institucional propia de la tradición jurídica escocesa, junto a otras versiones del institucionalismo, y la filosofía analítica aplicada a los actos de habla (Austin y Searle). Las dos obras principales son el libro escrito conjuntamente con Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*[12] y su reciente *Institutions of Law,*[13] donde define el derecho como "ordenamiento normativo institucional"', "*institutional normative order*".[14]

Se trata de la definición más breve y más acertada que se pueda aportar y recoge magistralmente el pensamiento de MacCormick: el entronque con la filosofía práctica al ser el derecho uno más entre los diversos órdenes normativos –moral, política, estética, costumbre– y su contribución personal, una teoría institucional que distingue al derecho de los restantes órdenes prácticos pero que es suficientemente amplia y alejada de específicas modalidades de derecho –estatal,[15] consuetudinario, internacional- como para captar formas de derecho que otras definiciones suelen expurgar del concepto de derecho, con el objeto de establecer una relación íntima y necesaria entre derecho y estado. De esta forma abre la teoría del derecho al pluralismo, y de hecho MacCormick será uno de los primeros autores en proponer la idea de pluralismo constitucional para comprender la cuestión de la soberanía compartida en la Unión Europea, es decir el hecho de que tanto la UE como los Estados Miembros pretenden ser la base de fundamentación soberana y legitimidad exclusiva u originaria de los respectivos ordenamientos.

Los órdenes normativos existen cuando, y en la medida que, los seres humanos orientan su conducta por referencia a alguna norma de conducta y perciben dicha conducta como "debida", "ajustada a derecho" u "ordenada" (*orderly*) en contraposición a indebida, caótica, o desordenada (*disorderly*), en razón de su "normalidad", "regularidad" o conformidad con las normas. Este tipo de orden acontece cuando la vida social se desarrolla de

[12] MacCormick, Neil y Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Kluwer, Dordrecht, 1986.

[13] MacCormick, Neil, *Institutions of Law, op. cit.* [En adelante, *IL*.]

[14] Pero también resulta muy útil el Volumen IV Semiotics and Institutional Theory, núm. 12 de la *International Journal for the Semiotics of Law*, 1991, especialmente los artículos de Pintore, Anna "Law as Fact? MacCormick's Institutional Theory of Law: Between Legal Positivism and Sociological Jurisprudence", pp. 233-253 y de Roermund, Bert van "The Instituting of Brute Facts", p. 279-308. Véase la respuesta a estas críticas por parte de Neil MacCormick en el volumen 5, núm. 13 de esta revista, "Further Thoughts on Institutional Facts", *International Journal for the Semiotics of Law,* 1992, p 3-15.

[15] Así derecho estatal es un caso especial de derecho y la relación entre derecho y estado no es necesaria sino contingente.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

un modo predecible e inteligible, con una relativa seguridad de que la gente respetará de una forma razonablemente leal las normas de conducta, lo cual genera un sistema de expectativas mutuas incluso entre personas que no se conocen. Las normas, sean del tipo que sean -lingüísticas, de juegos, de prácticas sociales como la danza, de actividades estéticas como la música, o incluso las del orden moral cotidiano- no existen de modo solitario, como preceptos o medidas aisladas sino que se agrupan en conjuntos y pertenecen a sistemas, conformando instituciones. Lo que ocurre es que puede haber un tercer género entre conducta *orderly* y conducta *disorderly*, lo cual plantea el reto de la *"anormalidad", la "irregularidad"* o anomia y en definitiva del cambio social a la teoría institucional. Hasta que la aparición de nuevas prácticas sociales, nuevos comportamientos que aparentemente no siguen las normas sociales pre-establecidas conforman una modificación de la institución existente (mutación, transformación) o se crea una nueva institución al cambiar las normas y expectativas que la conforman o constituyen, puede haber una dificultad para las teorías institucionales.

La idea de la agrupación y ordenación de normas en instituciones es especialmente visible en el caso del derecho estatal, que es siempre, en un cierto grado, ordenado y sistemático, institucional o institucionalizado hasta grados extremos, especialmente a través de la dogmática jurídica, cuya labor es especialmente institucionalista al ordenar las reglas existentes en el derecho del foro, dispares y dispersas, en torno a instituciones jurídicas. Pero además esta alta institucionalización favorece la estabilidad social. Creer en, y orientar la propia conducta conforme a, un conjunto de normas del sistema *estatal* –administrativo, burocrático– es un modo particularmente importante de alcanzar un nivel de orden y seguridad entre la gente en sociedades complejas cuyos miembros son socialmente anónimos. Esta visión favorece la estabilidad, la interdependencia y confianza mutua reforzando las expectativas intersociales.

Las normas y los órdenes normativos tienen una existencia particular, son hechos institucionales, como diría Searle.[16] Algunas de estas normas versan sobre hechos brutos y otras versan sobre hechos institucionales. Los sistemas jurídicos en cuanto ordenamientos de normas o de enunciados normativos compartidos por distintas personas no tienen una presencia física tangible sino que son construcciones mentales ideales, son objetos del pensamiento. Sin embargo ello no implica que un sistema jurídico deje de

[16] Interesa en especial su última obra, Searle, John, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, New York, Oxford University Press, 2010

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

pertenecer al mundo social real para replegarse en el puro mundo de las ideas, pues en última instancia regulan las conductas en una sociedad con coordenadas espacio-temporales concretas; una sociedad que de forma circular contribuyen a re-definir. Los ordenamientos que existieron y perdieron su vigencia a lo largo de la historia quizá puedan tener esa existencia ideal aunque algunos de sus rasgos o algunas de sus instituciones históricas pervivan, o hayan sedimentado, por usar la expresión de Kaarlo Tuori.[17] En nuestro mundo social al sistema jurídico vigente –válido o existente- le corresponde, aunque sea imperfectamente, un ordenamiento jurídico positivo o real (sociológicamente relevante, lo que nos lleva a postular, con Hart, la tesis de las fuentes sociales del derecho). Aseverar que un "sistema jurídico" *existe* en algún lugar es una forma de dar cuenta de un tipo de orden social que opera en dicho lugar y por eso el derecho es un importante factor que explica la existencia de orden y concierto (*orderliness*). Nos encontramos pues ante un orden institucional. Esta visión supone un importante desarrollo, sociológicamente significativo, de la teoría institucionalista que en su día intuyeran Hauriou o Romano, aunque sigue incidiendo en la idea de orden frente a la importancia del conflicto y cambio concebida la anomía quizá como un paréntesis en el cual no están claramente perfiladas las instituciones o hay grandes divergencias respecto de las normas –constitutivas, consecutivas y terminativas - que las caracterizan, y este énfasis en la estabilidad quizá contribuye a la idoneidad de su caracterización como teoría institucional.

La caracterización del derecho como orden u ordenamiento normativo no debe sorprender, pero es su elemento institucional lo que merece la pena explicar más detenidamente. Se parte del concepto de hechos institucionales en la acepción y expresión acuñada por Searle,[18] *institutional facts*, por contraposición a los hechos brutos, físicos o nudos, no por ello menos problemáticos.[19] Con ello no se pretende que los hechos institucionales que tengan soporte físico o espacio-temporal pierdan su existencia bruta o física, sino más bien que esta posible existencia bruta no determina su significado y sentido, son las normas definitorias (constitutivas principalmente) las que otorgan dicho sentido y dichas normas son sociales, o mejor, culturales, en el sentido de compartidas intersubjetivamente y simbólicas. Los hechos

[17] Tuori, Kaarlo, *Ratio and Voluntas. The Tension Between Reason and Will in Law*, Ashgate, Farnham, 2011, passim.

[18] Searle, John, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

[19] En *Making the Social World*, Searle postula una única realidad, evitando postular la existencia de distintos reinos ontológicos, uno mental, otro físico, otro social. La cuestión es cómo la realidad humana se adapta a esa única realidad.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

institucionales presuponen la existencia de reglas de conducta existentes en sistemas de normas, en el caso del derecho, de normas jurídicas. Lo que hace que un ordenamiento sea institucional tiene que ver con el tipo de agencias que crean, ejecutan y adjudican sobre la base de normas que pertenecen al ordenamiento en cuestión y que se identifican o reconocen como válidas en dicho orden.

Instituciones públicas como los tribunales, los parlamentos y los gobiernos son típicamente 'institucionales' en este sentido, son agencias organizadas que existen en virtud y en función de las mismas normas y reglas de conducta que las definen, lo que otorga a los sistemas institucionales un carácter auto-referencial pues quienes operan en su seno tienen autoridad para hacerlo sobre la base de las mismas reglas que hacen que sean el tipo de agencias que son. La influencia de Weber, Luhmann o Teubner no es despreciable.

Pero el concepto de institución abarca también otro conjunto de normas que los juristas designan como 'institutos' o instituciones. Así, la familia, el matrimonio, la filiación, la herencia, el contrato y los distintos tipos de contrato, la "responsabilidad extra-contractual", entre muchas otras, son instituciones de derecho (privado). Aquí se puede introducir una distinción entre la institución abstracta o institución tipo (*institution-type*) como el contrato en general, o los distintos tipos de contrato en abstracto y cada una de las instancias concretas de contrato que se vayan desarrollando y que individualizan la institución, pero que no dejan de ser instituciones individuales y concretas y que podemos llamar *institution-token* o institución-item. Se corresponden grosso modo con las normas universales y las normas individuales.

Esta distinción entre *type* (tipo ideal, categoría) y *token* (caso concreto, muestra, ejemplar) quizás requiera más atención de la que le concedieran MacCormick[20] o Weinberger pues gran parte del interés metodológico y epistemológico en las instituciones que muestran el jurista teórico o dogmático o el comparatista se despliega sobre el concepto de institución-tipo mientras que gran parte del interés en las instituciones que muestra el jurista práctico –el jurídico forense o el practicante del derecho– y del interés puntual de los ciudadanos en el derecho se despliega sobre las instituciones-*token* que son instancias particulares de las instituciones tipo. Una parte

[20] It is the potentiality for application that gives significance to the legal-scientific construction of institutions as frameworks … but it is not legal science that carries out the process of application – that is a matter of legal practice…" "Further Thoughts on Institutional Facts", *op. cit.*, p. 15.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

importante de la labor conceptual del jurista práctico consiste precisamente en clasificar situaciones o relaciones jurídicas concretas dentro de las categorías dogmáticas o teóricas de las instituciones-tipo, como ocurre por ejemplo con la calificación de los hechos como constitutivos de un tipo penal determinado o de un tipo de contrato en concreto.

La distinción entre institución-tipo e institución-caso o *token* abre además interesantes avenidas para la sociología jurídica, el derecho en acción interesado en las concretas instancias de instituciones que se van desarrollando y que pueden llegar a transformar las instituciones-tipo a través del cambio social y de la acción social de los agentes y operadores jurídicos. Anna Pintore[21] ubica por ello la teoría de MacCormick dentro de la corriente de *sociological jurisprudence* más que dentro del iuspositivismo.

Las instituciones están definidas y determinadas por reglas, de forma que no es concebible una institución sin el concepto de reglas y tampoco es pensable que las normas puedan operar fuera de los contextos institucionales. Estas reglas son de tres tipos: constitutivas, consecutivas y terminativas.

Las reglas o normas *constitutivas* o instituyentes son las que definen la institución y las condiciones dentro de las cuales podemos afirmar la existencia de la institución. Estas reglas nos permiten reconocer o identificar la institución tipo, al fijar las condiciones definitorias de las mismas, y nos permiten verificar la existencia de cada una de las concretas y específicas *instituciones-token*. Las reglas *consecutivas* determinan el haz de relaciones que se siguen una vez constituida la institución, los derechos y obligaciones, las prerrogativas, potestades, facultades, inmunidades, sujeciones, poderes, reclamos, sanciones etcétera que se siguen al crearse las instituciones-tipo en general o las instituciones-token concretas y que determinan su operatividad en el espacio y en el tiempo y en gran parte condicionan la acción social desarrollada conforme a dichas instituciones. El último tipo de reglas que conforman las instituciones son las *terminativas* que estipulan las condiciones según las cuales se da por concluida o extinta una institución-tipo o una instancia particular de la misma (institución-token) y se prevén los regímenes transitorios que pueden aplicarse hasta que se consuma su extinción definitiva.

Como se ve la relación entre norma e institución es aquí intrínseca y conceptual, y esto caracteriza la teoría institucional del derecho frente a las teorías institucionalistas clásicas de Romano y Hauriou. El libro de MacCormick *Institutions of Law* representa en este sentido una teoría general del derecho que aplica el enfoque institucional al derecho en su conjunto como

[21] Pintore, "Law as Fact?", *op. cit.* p. 234.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

orden normativo relacionado conceptualmente con la justicia (*IL*, cap 15) y aplica también este concepto de institución a los distintos ámbitos del derecho: al estado y a sus agencias, poderes y órganos, a las personas, a los daños y deberes, a las posiciones y relaciones jurídicas (derechos y obligaciones), a las cosas (propiedad), a los poderes públicos y la validez (actos administrativos), a los límites al ejercicio del poder (derechos fundamentales), al delito (derecho penal), al mercado, al comercio y a la economía *(IL*, caps 5-14). *Institutions of Law* se inserta de esta forma en la tradición institucionalista de los clásicos, especialmente las *Institutiones* de Gaius (I.8.) para quien todo el derecho que se usa tiene que ver con las personas, las cosas o los actos "*Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*".

Como se puede apreciar nos encontramos ante una teoría general del derecho que pretende y consigue explicar todas las ramas del fenómeno socio-jurídico "derecho" desde una coherencia interpretativa – reconstrucción dogmática racional - que presenta además al derecho como muy cercano a los restantes ordenes normativos o prácticos, y por lo tanto, como orden social. Con esta monumental obra que combina la profundidad teórica con los conocimientos a la vez enciclopédicos y detallados sobre todo el derecho no sólo escocés, sino también inglés y europeo, MacCormick entronca perfectamente no sólo con los clásicos del derecho romano sino también con la obra del jurista escocés pre-ilustrado Lord Stair cuyo significativo título es precisamente *The Institutions of the Law of Scotland* (1681, 1693).[22]

No todos los ordenamientos normativos son derecho. En una sociedad podemos encontrarnos con múltiples conjuntos de normas (que conforman instituciones) en la religión, la moral, la política, etcétera. El derecho es quizá el más significativo y desde luego el más "institucional"; en cierto modo el derecho es doblemente institucional, como diría Bohannan, ya que regula las condiciones de adopción, creación, transformación, aplicación y terminación de las instituciones y otorga a ciertos órganos (que también son instituciones) competencias y potestades para adoptar decisiones sobre dichas instituciones. Esto hace que el derecho sea más definible, identificable, aporta seguridad y certeza. Además, no todos los derechos, no todos los ordenamientos normativos institucionales, adoptan o requieren para su

[22] Véase la edición tricentenaria a cargo de D.M. Walker, Edimburgo y Glasgow 1981. En su dedicatoria al rey Carlos I, Lord Stair lo consideró como un compendio de las leyes y costumbres de su viejo Reino de Escocia presentado según un método claro, racional y natural, en el que la justicia natural se deduce de varios principios evidentes y del que se siguen todos los distintos derechos privados…

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

existencia la figura del Estado. En todo país donde se haya tenido que estudiar el derecho canónico como una disciplina de la carrera de derecho esto debería parecer una obviedad, lo mismo que ocurre con el derecho de la Unión Europea (o las Comunidades Europeas) cuyos oficiales y funcionarios pueden estar sometidos a la ley o al principio de legalidad (*rule of law*) sin que la UE sea un estado. Del mismo modo que no todo el derecho es estatal, también hay estados que no son "estados de derecho", aunque sea impensable un Estado que prescinda absolutamente de las formas jurídicas y siga considerándose "estado".

Institutions of Law muestra cómo el derecho se relaciona con el estado y con la sociedad civil, estableciendo las condiciones para la paz social y para la economía real. En esta tarea MacCormick se hace eco de los avances en la sociología del derecho, especialmente la teoría de sistemas (y expectativas mutuas). Es un loable y logrado empeño por elaborar una teoría general del derecho que al mismo tiempo se base sobre una sociología del derecho.

La definición del derecho como ordenamiento normativo institucional permite además, como lo hacía de un modo más rudimentario la concepción de Romano, abordar conceptualmente el tema del pluralismo jurídico en general - la coexistencia o la existencia paralela, según el caso, del derecho estatal y de otros ordenes normativos institucionales no estatales de comunidades religiosas, o grupos étnicos, sociales, subculturas[23] - y el pluralismo constitucional que caracteriza a la UE en estos momentos: reglas de reconocimiento nacionales según las cuales el ordenamiento jurídico europeo reposa sobre las constituciones de los Estados Miembros y regla de reconocimiento comunitario europeo que engloba a los ordenamientos jurídicos municipales o domésticos en el ordenamiento constitucional común de la integración europea.

Como toda teoría general, la teoría institucional de MacCormick comporta además, o mejor dicho, comporta sobre todo, una epistemología y su correspondiente metodología (*IL*, cap. 16) como hemos subrayado en torno a la distinción entre institución tipo e institución *token*. Pretende analizar la naturaleza de las pretensiones sobre el "conocimiento del derecho", delimitando críticamente la posibilidad de emprender estudios jurídicos con un carácter genuinamente científico en el que las instituciones jurídicas vienen conformadas por sistemas de normas dogmática y racionalmente reconstruidas a la luz de tales instituciones y a su vez las normas en cuestión tie-

[23] Derecho y moral son órdenes genuinamente diferentes en virtud del carácter "positivo", institucional y heterónomo del derecho, que contrasta con la autonomía, un valor fundacional de la moral (kantiana) que defiende MacCormick en su última obra, *Practical Reason in Law and Morality,* Oxford University Press, Oxford, 2009.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

nen una existencia o un sentido institucional, en tanto que hechos institucionales. Las reglas de segundo grado, nivel u orden de Hart – reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación - pueden así redefinirse adecuadamente desde la teoría institucional. Pero al mismo tiempo los estudios jurídicos inevitablemente están marcados por una orientación hacia los valores que inspiran toda filosofía práctica, de tal modo que la filosofía jurídica analítica, la rama más teórica o "científica" de la filosofía práctica, ya no puede ser positivista en el sentido de *value-free*. En este punto quizá haya exagerado MacCormick las tesis positivistas: el ius-positivismo clásico no tenía por qué negar la influencia (social) de los valores en el derecho ni en la fase de creación ni en la fase de aplicación e interpretación. Pero la afirmación es mucho más radical: la filosofía jurídica tampoco puede estar conceptualmente separada de la razón práctica. Es aquí donde se da el salto hacia el post-positivismo o el acercamiento con un cierto derecho natural ya que positivismo clásico acometía una separación conceptual tanto en materia de validez jurídica como en materia de conocimiento y descripción del derecho válido.

En consonancia con Dworkin, o incluso el segundo Wittgenstein, la mejor interpretación de una práctica es la que intenta darle su mejor sentido y esto exige construir la versión más atractiva desde el punto de vista valorativo, que sea al mismo tiempo fiel a los materiales pre-interpretativos que se aportan a la hora de construir el significado de dicha práctica en su totalidad.[24]

IV. Bibliografía Recomendada

BENGOETXEA, Joxerramon, "Institutions, Legal Theory and EC Law", LXXVII *Archiv Für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1991.

BRODERICK, Albert (ed.), *The French Institutionalists: Maurice Hauriou. Georges Renard, Joseph T. Delos,* Cambridge, Harvard University Press, 1970.

CASTORIADIS, Cornelious, *L'institution imaginaire de la société*, Paris 1974.

CROCE, Mariano, "Does legal institutionalism rule out legal pluralism?: Schmitt's institutional theory and the problem of the concrete order", *Utretch Law Review,* vol 7, num. 2, 2011

HAURIOU, Maurice, *Aux sources du droit: Le pouvoir, l'ordre, et la liberté*, Paris 1933.

[24] MacCormick, *H.L.A. Hart*, 2nd edition, Stanford, 2008, p. 15 (nuestra traducción).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *Précis de droit constitutionnel*, Larose, Paris, 1923.

LA TORRE, Massimo "Institutionalism Old and New", *Ratio Juris*, 1993, vol. 6, pp. 190–201.

_____, *Norme, istituzioni, valori*, 2nd ed., Rome–Bari 2002.

_____, "Institutionalist theories of law" IVR Encyclopaedia of the Philosophy of Law (http://ivr-enc.info/index.php?title=Institutionalist_theories_of_law)

MACCORMICK, Neil, *H. L. A. Hart*, Standford University Press, Standford, 1981.

_____, *Legal Reasoning and Legal Theory* (revised edition), Oxford University Press, Oxford, 1994.

_____, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford, 2007.

MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986.

MARCH, J. G. y OLSEN, J. P., *Institutional Perspectives on Political Institutions*, Oslo 1996.

ROMANO, Santi, *Frammenti di un dizionario giuridico*, 2nd ed., Milan 1983.

_____, *L'ordinamento giuridico*, Analli delle Università Toscane, 1917 [hay traducción castellana de Sebastián Martín-Retorillo y Lorenzo Martín-Retorillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964].

SCHMITT, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Duncker & Humblot, Berlin, 1934.

SEARLE, John, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, New York, Oxford University Press, 2010

TUORI, Kaarlo, *Ratio and Voluntas. The Tension Between Reason and Will in Law*, Ahgate, Farnham, 2011, passim.

WEINBERGER, Ota, *Law, Institution, and Legal Politics*, Deventer 1991.

_____, *Norm und Institution*, Vienna 1988.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CAPÍTULO 6

EL REALISMO JURÍDICO EUROPEO-CONTINENTAL

Mauro BARBERIS*

SUMARIO: I. *El realismo jurídico europeo-continental.* II. *Tres escuelas.* III. *Tres tesis típicas.* IV. *Bibliografía.*

I. REALISMO JURÍDICO EUROPEO-CONTINENTAL

Con la expresión "*realismo jurídico europeo-continental*" se hace referencia a algunas corrientes del pensamiento jurídico europeo del siglo XX que pretenden conocer el derecho –no como valor (iusnaturalismo) ni como norma (positivismo jurídico) sino– como hecho; esto es, como realidad empírica situada en el mundo natural y percibida a través de los sentidos. Como veremos en el epígrafe II, a través de una breve historia del realismo jurídico continental, éste se divide en tres corrientes principales: los realismos jurídicos escandinavo (sobre todo el sueco y el danés), el italiano y el francés. En el epígrafe III, mediante la identificación de las tres tesis comunes a estas corrientes, se verá que el realismo jurídico se distingue netamente sólo del iusnaturalismo, pero que cada vez con mayor frecuencia se presenta como una radicalización del positivismo jurídico.

De un realismo específicamente sueco se empezó a hablar ya en los años cuarenta del pasado siglo XX en relación a las tesis de la Escuela de Uppsala y de la Tesis de la realidad propuesta por su fundador: Axel Hägerström. Las teorías suecas comenzaron después a circular en traducciones alemanas e inglesas, terminando por imponerse en el debate internacional gracias a la obra del danés Alf Ross, probablemente el mayor representante del realismo jurídico, y no sólo continental. Ross ha sido el autor cuya obra ha constituido la mayor alternativa a la tradicional división entre iusnaturalismo y positivismo, los cuales hasta aquel momento parec-

* Profesor Ordinario de la Università degli Studi di Trieste, Italia. (Traducción de Álvaro Núñez Vaquero).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 227-240.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ían las únicas alternativas plausibles. Fue este autor –formado primero en Viena con Kelsen, y después en Uppsala con Hägreström– quien hizo salir al realismo jurídico de la región escandinava, influyendo directamente en el realismo italiano y, a través de este último, en el realismo jurídico francés.

II. Tres escuelas

Desde sus orígenes, el realismo jurídico continental se presenta como una crítica a la doctrina jurídica tradicional la cual –en los primeros años del siglo XX, también en el ámbito escandinavo– pretendía presentarse como una auténtica ciencia jurídica (en alemán, *Rechtswissenschaft*). Ésta es precisamente –dicho sea de paso– la principal diferencia entre el realismo continental y el realismo estadounidense, diferencia raramente percibida en los Estados Unidos. A saber: los realistas continentales critican como no científica la doctrina o ciencia jurídica académica que, en la cultura del *civil law*, ha tenido siempre un papel de gran importancia, al menos desde el redescubrimiento del derecho romano; por el contrario, la ciencia jurídica ha tenido una infinitamente menor importancia en la cultura del *common law*, donde siempre ha tenido un mayor peso la jurisprudencia. De hecho, las tres mayores escuelas realistas continentales critican la doctrina tradicional, sobre todo en la versión de la dogmática jurídica alemana. Estas tres escuelas toman su nombre respectivamente de aquel de las universidades donde nacen y se consolidan: la escuela de Uppsala en Suecia, la de Génova en Italia y Nanterre en Francia.

1. El realismo jurídico escandinavo incluye al sueco Axel Hägerström (1868-1939), a sus discípulos también suecos Lundstedt y Olivecrona, y a su discípulo danés Alf Ross. A ellos es necesario que añadir otros estudiosos como el sueco Ingemar Hedenius (1908-1982) y el danés Theodor Geiger (1891-1952).

Su fundador, Hägerström, fue un filósofo moral. De carácter filosófico, y no jurídico, es también su *Tesis sobre la realidad* según la cual la única realidad cognoscible son los hechos naturales, mientras que los valores deben ser considerados metafísica. El lema de Hägerström es precisamente "*Pretera censeo metaphysicam esse delendam*" ("ante todo creo que se debe destruir la metafísica"), aunque no está del todo claro en que sentido rechazaba la metafísica. Si "metafísica" significa sólo ontología (concepción de la realidad), entonces la ontología realista es sólo una metafísica entre muchas otras disponibles; si por el contrario "metafísica" significa confusión entre

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

las diferentes esferas de la realidad, entonces Hägerström confunde hechos y conceptos, del mismo modo que los iusnaturalistas confunden hechos y valores. La cruzada antimetafísica de los suecos se dirige contra la ética y la doctrina jurídica tradicionales, considerados por estos realistas el último refugio de la metafísica.

En particular, según Hägerström, en el mundo sólo existirían hechos, y no otras entidades como los valores. Las valoraciones o los juicios de valor como "x es bueno" o "y es justo" no tendrían como parámetros valores objetivos, como siempre han pretendido los iusnaturalistas. Antes bien, aquellos se limitarían a expresar las emociones de los sujetos que los profieren (tesis del emotivismo ético, cfr. 2.3).

Por otro lado, también los conceptos usados por la doctrina jurídica positivista –"derecho subjetivo", "voluntad del Estado", "deber", etc.– son acusados de metafísicos por Hägerström. Según este autor, tales conceptos derivarían de las fórmulas mágico-religiosas usadas por los juristas romanos para evocar fuerzas sobrenaturales. Parece claro que Hägerström no pretendía obtener el consenso de los juristas en general, ni de los romanistas en particular.

Estas mismas tesis son ulteriormente radicalizadas por Wilhelm Lundstedt (1822-1955) para quien no sólo expresiones como "derecho subjetivo", "propiedad" o "Estado" no designan absolutamente nada, sino que deberían ser expulsadas del lenguaje científico. No obstante, resultando imposible tal tarea, el propio Lundstedt termina usándolos entrecomillados.

Por otro lado, Lundstedt explica la creencia tradicional en la obligatoriedad o validez del derecho mediante un mecanismo psicológico: el funcionamiento regular de la máquina del derecho (en alemán, *Rechtsmechanismus*) –en particular, su sistemático castigo de los crímenes por parte de los funcionarios estatales– produce en los miembros de la sociedad un sentimiento de obligatoriedad. Ésta sería la única cosa que correspondería en la realidad a lo que los juristas llaman "validez" u "obligatoriedad" de las normas.

Por último Lundstedt es también conocido por su propuesta de un método utilitarista para la gestión del bienestar social (en inglés, *social welfare*). Sin embargo, estas tesis de Lundstedt hicieron que se ganara fuertes críticas por parte de Alf Ross, emotivista mucho más coherente.

Más moderadas parecen las posiciones de Karl Olivecrona (1897-1980) quien, pese a continuar considerando que las expresiones jurídicas son palabras vacías, considera –a diferencia de Lundstedt– que no podemos prescindir de dichas expresiones. Del mismo modo que Ross, Olivecrona se aleja de la crítica a la metafísica elaborada por sus maestros para acercarse

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

al análisis del lenguaje ético y jurídico, desarrollando la crítica de Hägerström a la teoría del positivismo jurídico que concebía las normas como órdenes producto de la voluntad del Estado. Al contrario de cuanto afirmado por el positivismo teórico, según Olivecrona, las normas son *imperativos independientes*; esto es, órdenes en cualquier caso, pero que hacen abstracción de cualquier relación entre quien ordena y el destinatario de tal orden.

Por otro lado, y de nuevo de manera similar a Ross, Olivecrona radicaliza la tesis del positivismo jurídico según la cual el derecho se distingue de la moral porque sus normas están protegidas o garantizadas por sanciones. Mejor dicho, no se trata de que el derecho sea un conjunto de órdenes respaldadas por sanciones sino que el derecho consiste exclusivamente en un conjunto de normas sobre sanciones.

El realismo jurídico escandinavo se consolida definitivamente con la obra de Alf Ross (1899-1979). En su famoso ensayo *Tû-tû* (1951), utilizando como ejemplo a los habitantes de una imaginaria isla del Pacífico, Ross considera que los conceptos jurídicos son palabras carentes de referencia empírica, ironizando en este punto sobre la obra de Lundstedt. No obstante, observa Ross, se trata de instrumentos irrenunciables para el jurista, como demuestra en relación al concepto de propiedad, el cual cumple una función sistemática imprescindible. Es más, su ausencia obligaría a la doctrina jurídica a conectar singulares hechos jurídicos –como la ocupación, la usucapión o la compraventa –a singulares consecuencias jurídicas– como la facultad de disfrutar, alienar o reivindicar el bien. De este modo, nos encontraríamos con tantas normas como número de hechos, multiplicado por el número de consecuencias jurídicas.

Ross también elabora una crítica a la teoría positivista de la validez, la cual había sido criticada no sólo por los suecos –en cuanto residuo de creencias mágico-religiosas– sino también por parte de los iusnaturalistas tras la II Guerra mundial, quienes la habían incluido entre las causas de los campos de exterminio nazi por su pretensión de que el derecho debía ser obedecido aunque fuera injusto. En un ensayo de 1961, Ross acusa a Kelsen de haber usado "validez" como obligatoriedad, por lo que tampoco la Teoría pura kelseniana se limitaría a conocer el derecho sino que, además, prescribiría su obediencia. Así pues, la Teoría pura se mostraría no como una auténtica teoría (cognitiva) sino como una ideología. Según Ross, Kelsen sostendría únicamente un "casi positivismo", una "ideología que respalda la autoridad del Estado", "una variante del iusnaturalismo", llamado por Norberto Bobbio positivismo ideológico.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Ross propone su propia teoría de la validez en *Sobre el derecho y la justicia*. Este libro –publicado en 1953 en danés, y más tarde reeditado en 1958 en inglés– consta de dos partes dedicadas respectivamente al derecho y a la justicia. Está teoría de la validez está inspirada más en las tesis del positivismo lógico que en las de Herbert Hart, cuya obra es hoy objeto de un vano intento de acercamiento a las posiciones realistas bajo la etiqueta "realismo normativista".

En la parte dedicada al *derecho*, Ross reduce la teoría del derecho (en inglés, *jurisprudence*) a meta-doctrina (reflexión sobre el método de la doctrina jurídica). Además, Ross propone un modelo de doctrina que la convertiría en una auténtica ciencia empírica. Los juristas, si desean convertirse en auténticos científicos del derecho, deberían observar el comportamiento pasado de los jueces para prever su futuro comportamiento. De este modo, los juicios de validez se convertirían en auténticas previsiones científicas, verificadas o falsificadas por el efectivo comportamiento de los jueces. Si se piensa que el modelo de ciencia de Hägerström era la botánica y el de Ross la física, se puede apreciar la distancia que separa a ambos autores.

Pero, y sobre todo, Ross propone una articulada teoría de la interpretación: una teoría escéptica para la cual una misma disposición podría presentar siempre diversos significados (cfr. 3.3). La interpretación es considerada una actividad de atribución de significado (norma) a un enunciado jurídico (disposición): las disposiciones son ambiguas, es decir, pueden significar diferentes normas, cada una de las cuales puede resultar a su vez vaga, esto es, aplicarse con dificultad a los casos concretos. Por esta razón, toda interpretación tendría que ser argumentada, aduciendo justamente uno o más *argumentos* (literal, analógico, *a contrario*, etc.) para justificar la interpretación adoptada. El escepticismo de Ross es, no obstante, moderado. En particular, las tesis escépticas, en lo relativo a la interpretación judicial, sólo estarían "más cerca de la verdad" que las tesis formalistas según las cuales cada disposición tiene un solo y único significado.

Como muestra también en su sucesivo *Directives and Norms* (1968), las tesis de Ross se alejan del neopositivismo lógico, y se acercan progresivamente a la contemporánea *jurisprudence* analítica. Sin embargo, en la parte dedicada a la justicia, Ross permanece en el campo del emotivismo y del subjetivismo kelseniano, de los neopositivistas y de otros realistas. El propio término "justicia" tendría, según Ross, como único significado el mismo que dar un emotivo puñetazo encima de la mesa. Usar tal término serviría de este modo para reivindicar la validez objetiva de las propias opiniones, teniendo estas últimas en realidad carácter subjetivo. Ross, por otro lado, distingue entre un núcleo del concepto de justicia –relativo al igual trata-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

miento de los casos similares– y las diferentes fórmulas de la justicia (a cada cual según su mérito, según sus necesidades, su suerte, etc.) que indicarían, por su parte, bajo qué condiciones los casos deberían ser considerados iguales. Esta última distinción es más tarde retomada por Hart y, a través suya, por el propio John Rawls.

2. El *realismo jurídico italiano* se desarrolla sobre todo en Génova en torno a las figuras de Giovanni Tarello (1934-1987), estudioso del realismo jurídico estadounidense, y de Silvana Castignone (?), estudiosa del realismo jurídico escandinavo, tema del que también se ha ocupado, independientemente, Enrico Pattaro (1941). La Escuela de Génova nace a partir de la teoría de la interpretación de Tarello. Según este último, hasta el siglo XVIII la producción judicial del derecho era pacíficamente admitida también en el continente; tras la codificación, la jurisprudencia fue expulsada de las fuentes del derecho. Tarello retoma, para el derecho legislativo, la distinción de Ross entre enunciado (disposición) y significado (norma). En este sentido, el legislador sólo produciría los textos legales (es decir, los enunciados o disposiciones), mientras que los significados (o normas) serían producto de los intérpretes; en particular, producto de la obra de los jueces (jurisprudencia) y de los estudiosos del derecho (doctrina).

La teoría de la interpretación de Tarello es radicalmente escéptica (cfr. 3.3): a cada enunciado se le pueden atribuir diferentes significados, a cada disposición más de una norma. Según dicha teoría, enunciados y disposiciones parecen carecer de significado, siendo éste atribuido por los intérpretes. Tal defecto es corregido por el mayor discípulo de Tarello: Riccardo Guastini (1940), quien recurre a la teoría kelseniana del marco (alem. *Rahmen*) según la cual toda norma superior del ordenamiento proporciona solo un marco de significados entre los que el intérprete autorizado –el legislador en el caso de la constitución, el juez en el caso de la ley– elige la norma inferior. El intérprete científico –la doctrina– debe, por su parte, limitarse a enumerar tales posibles significados. Guastini sostiene precisamente que cada enunciado (disposición) –lejos de carecer de significado antes de la interpretación– expresa un marco de significados entre los que el intérprete debe elegir, produciendo de este modo la norma.

Ahora bien, aunque Guastini distingue entre interpretación como producción de normas abstractas, por un lado, y aplicación como uso de tales normas para resolver casos concretos, por el otro, su teoría privilegia la interpretación, no prestando suficiente atención a la aplicación. Como observan otros genoveses –Paolo Comanducci (1951) y Mauro Barberis (1956)– tal teoría parece plausible, sobre todo, para la interpretación *doctri-*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

nal, la cual efectivamente se resuelve en la atribución de significado a los enunciados, prescindiendo de los relativos problemas de la aplicación. La misma teoría, por el contrario, es menos plausible en relación a la interpretación *judicial*, donde la interpretación es funcional a la aplicación. El juez elige como significado de la disposición la norma abstracta susceptible de ser aplicada en el caso concreto. Esto, a diferencia de lo que se cree, no hace que la interpretación judicial sea más discrecional que la interpretación doctrinal, sino precisamente menos.

3. El *realismo jurídico francés* se concentra en la parisina universidad de Nanterre, donde ha desarrollado su labor docente Michel Troper (1938). Siguiendo una tradición de positivismo jurídico anterior a la codificación, en Francia, la Filosofía del derecho nunca ha sido enseñada de manera autónoma respecto al propio derecho positivo. En este sentido, el propio Troper ha enseñado también derecho constitucional. De hecho, su teoría combina tres ingredientes: i) la idea de Kelsen de que las normas superiores –en particular la constitución– delega en órganos la producción de normas inferiores, como leyes y sentencias; ii) la teoría escandinava y genovesa según la cual la interpretación es en realidad producción de derecho (producción potencialmente ilimitada, al menos en los casos de los tribunales superiores); iii) la idea –original aunque típicamente realista– según la cual las relaciones político-constitucionales limitan de hecho este poder potencialmente ilimitado.

Troper lleva la *primera* idea –la nomodinámica de Kelsen– hasta sus últimas consecuencias en su propia teoría de la supra-legalidad constitucional. Kelsen había admitido que las leyes contrarias a la constitución –y sentencias contrarias a la ley– podían ser igualmente válidas en la medida en que fueran producidas por órganos competentes. Troper va más lejos y admite que las propias competencias pueden ser modificadas por los órganos mediante la interpretación; más aún si se trata de tribunales constitucionales o supremos, es decir, cuya competencia no está sujeta a ninguna jurisdicción superior. Según Troper, una jerarquía normativa solo es tal si es reconocida por los tribunales, quienes pueden cambiar las competencias de los otros órganos e incluso las propias. Precisamente, cuando Troper hablaba de supra-legalidad, el Tribunal Europeo de Justicia estaba creando el ordenamiento comunitario.

Esta primera tesis realista es en realidad consecuencia de una *segunda*: quienes producen el derecho, en realidad, son sus intérpretes. Esta tesis había sido formulada por Tarello en su versión extrema, que ya había aparecido anteriormente entre los realistas americanos: el legislador produce sólo el texto de la ley, mientras que las normas son producidas por los jue-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ces. Mientras que los discípulos de Tarello iban progresivamente rebajando esta tesis, Troper la ha mantenido firmemente, extendiéndola a la jerarquía del propio ordenamiento jurídico. También las jerarquías internas del propio derecho *pueden* ser producidas por la interpretación judicial cuando quienes interpretan son los tribunales superiores, cuya discrecionalidad interpretativa es *potencialmente* ilimitada.

Esta idea genera un problema sobre por qué un poder potencialmente ilimitado actualmente no sea ejercido: ¿qué impide a los tribunales superiores adquirir el monopolio de la producción del derecho? A esta pregunta Troper y sus discípulos responden con una teoría de las *contraintes** jurídicas. Dicha teoría desarrolla la idea del siglo XVIII de la constitución como máquina: los primeros constitucionalistas concibieron la constitución (no como norma, sino) como una máquina ideada de modo tal que constriñera a los gobernantes a respetar sus propias competencias. Del mismo modo, también el derecho constriñe a los órganos judiciales –incluidos los tribunales superiores– a respetar sus propias competencias, absteniéndose de usar sus propios poderes interpretativos hasta sus últimas consecuencias. La idea es similar a aquella de Lundstedt de la máquina del derecho, pero presenta la misma dificultad. A saber: bien las normas funcionan solo como razones (como sostienen los filósofos), o bien también como causas. El problema es que no es del todo claro si los realistas defienden o no esta última tesis.

III. Tres tesis típicas

El realismo jurídico ha irrumpido en la discusión internacional –hasta ahora limitada al debate entre iusnaturalismo y positivismo jurídico– radicalizando las tesis positivistas, hasta el punto de hacer dudar de que se lo pueda distinguir del positivismo jurídico. De hecho, el Kelsen "americano" había terminado por presentar su propia teoría como "radicalmente realista"; y hasta el propio Ross pretende ser más positivista que Kelsen, tachando la Teoría pura de "casi positivismo". El único modo de responder a esta pregunta –¿no es el realismo jurídico sólo una forma radical de positivismo jurídico?– es confrontando las tesis de ambas teorías. En el caso del realismo jurídico, se trata de tres tesis, brevemente presentadas a continuación.

* N. de T: no hay un término que funcione bien en todos los lugares en que aparece *contrainte* en los textos troperianos. Además, hasta donde entendí, *contrainte* tiene en francés una ambigüedad inquietante entre normativo (significa algo así como obligación) y lo empírico (significa también algo así como fuerza que acciona sobre algo).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Las dos primeras tesis se refieren a la vieja discusión entre iusnaturalistas y positivistas jurídicos, mientras que la tercera es típica de la discusión entre realismo y positivismo del pasado siglo XX:

1) Tesis de la separación: derecho y moral no tienen ninguna relación.

2) Emotivismo ético: los juicios de valor no son sino expresión de sentimientos o emociones.

3) Escepticismo interpretativo: cada disposición jurídica puede tener diferentes significados, y cualquier caso judicial puede revelarse como un caso difícil.

1. La *tesis de la separación* debe ser distinguida de la *tesis de la separabilidad*, propuesta por Hart como criterio distintivo entre IUSNATURALISMO y POSITIVISMO jurídico. Según Hart, los iusnaturalistas sostienen la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral (el derecho injusto no es verdadero derecho), mientras que los positivistas suscribirían la Tesis de la separabilidad. Dicho en extrema síntesis, según la Tesis de la separabilidad, derecho y moral están *empíricamente* conectados pero *conceptualmente* separados. Es decir, por muy injusto que sea, el derecho injusto sigue siendo derecho.

Ahora bien, ningún realista jurídico se ha planteado nunca el problema en estos términos. Únicamente Theodor Geiger –polemizando con los suecos– sostuvo modernamente que derecho y moral se habían escindido: la moral interiorizándose en la conciencia de los individuos, y el derecho exteriorizándose en instituciones políticas. Así pues, los realistas jurídicos sostienen la Tesis de la separación (derecho y moral son cosas *empíricamente* diferentes) y no la Tesis de la separabilidad (derecho y moral son *conceptualmente* distinguibles).

Otra manera de reconstruir su posición es recurriendo a la tripartición de Norberto Bobbio entre los positivismos teórico, ideológico y metodológico. Los realistas critican el positivismo *teórico* (el conjunto de las tesis teóricas defendidas por los positivistas) y el *ideológico* (la idea de que el derecho debe ser siempre obedecido), pero adoptan el positivismo *metodológico* según el cual se debe distinguir entre el conocimiento del derecho y su valoración. Pues bien, esta tercera idea –ya clara en el precursor directo de Hart, John Austin– se ha convertido en la interpretación más común de la Tesis de la separabilidad: el conocimiento del derecho debe ser diferenciado de su valoración moral. Todos los realistas jurídicos continentales sostienen la Tesis de la avalutatividad de Max Weber: el conocimiento del derecho debe ser avalorativo (alem. *Wertfrei*), y la valoración moral no es conocimiento. Los realistas jurídicos continentales se distinguen en este plano de los realistas estadounidenses precisamente porque se toman en serio el pro-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

blema continental de la cientificidad. En particular, los escandinavos se toman tan en serio esta idea hasta el punto de, en primer lugar, someter a la doctrina jurídica a la crítica destructiva de los suecos para, a continuación, intentar reconstruirla según los cánones de la física neopositivista, a propuesta de Ross. Italianos y franceses, por el contrario, parecen admitir que la doctrina jurídica no puede ser científica en el mismo sentido que las ciencias naturales. Precisamente esta constatación, por lo demás, es para muchos de ellos una muestra de que la auténtica *teoría del derecho* –diferente de la doctrina porque toma por objeto precisamente la propia doctrina jurídica– efectivamente puede respetar el postulado metodológico de la avalutatividad.

2. El *emotivismo* ético es la tesis meta-ética –esto es, relativa a la ética– según la cual los juicios de valor sólo serían expresión de las emociones de quienes los profieren. El emotivismo es con frecuencia considerado una forma radical de *subjetivismo ético*: la tesis según la cual los juicios de valor no son objetivos como los juicios de hecho sino meramente subjetivos. Sin embargo, es difícil considerar el emotivismo ético como una radicalización del subjetivismo ético, en primer lugar, porque el primero ha sido sostenido antes que el segundo. Las tesis emotivistas de Hägeström se anticiparon veinte años a las tesis de los neopositivistas, que a su vez son anteriores respecto al subjetivismo ético de los filósofos analíticos. En efecto, el emotivismo ético típico de los realistas jurídicos puede ser considerado como el predecesor directo del subjetivismo ético, típico de los positivistas jurídicos del siglo XX. A su vez, ambos pueden a su vez ser considerados como una reacción al *objetivismo ético* típico de los iusnaturalistas. Estas tres posiciones meta-éticas son todavía hoy defendidas, si bien pertenecen a tres fases diferentes de la historia de la ética.

En una *primera* fase, que abarca milenios de historia occidental, los juicios de valor no eran considerados diferentes de los juicios de hecho. Se trataba, en ambos casos, de proposiciones verdaderas o falsas (apofánticas), según correspondieran o no a parámetros objetivos como la naturaleza de las cosas o la razón humana. En esta larga época –el tiempo del iusnaturalismo– se admitía implícitamente un único tipo de significado, y éste era de tipo cognitivo. Valoraciones y prescripciones eran consideradas pacíficamente significativas (portadoras de significado), pero precisamente como proposiciones cognoscitivas. En una *segunda* fase de la historia de la ética –que comprende la primera mitad del siglo XX– se excluyó que valoraciones y prescripciones fueran significativas, es decir, que tuvieran un signifi-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cado cognoscitivo. De esta manera, han sido considerados insensatas o dotadas sólo de un significado expresivo o emotivo.

El emotivismo pertenece a esta segunda fase, todavía marcada –como la anterior– por aquella que John Langshaw Austin llamó falacia descriptivista (ingl. *constative fallacy*). En este sentido, tanto para iusnaturalistas como para los realistas jurídicos existe un sólo tipo de significado: el significado cognitivo (aunque para los iusnaturalistas prescripciones y valoraciones poseen valor cognitivo, mientras que para los realistas carecen de aquél). El emotivismo ha sido superado en la *tercera* fase a la que pertenecen muchas teorías positivistas contemporáneas. Los filósofos analíticos han abandonado el descriptivismo en favor del prescriptivismo, es decir, han admitido dos tipos de significado: cognitivo o descriptivo (proposiciones), y normativo o prescriptivo (normas). El realismo escandinavo es emotivista hasta el Ross de *Sobre el derecho y la justicia*, mientras que el Ross de *Directives and Norms*, y los realismos italiano y francés, son por el contrario subjetivistas.

3. El *escepticismo interpretativo* es en realidad una tesis doble: en primer lugar, una tesis respecto a la interpretación (atribución a una disposición de un significado, es decir, de una norma abstracta) según la cual toda disposición jurídica tiene más de un significado; en segundo lugar, una tesis sobre la aplicación (uso de la norma abstracta obtenida mediante la interpretación para resolver los casos concretos) según la cual todo caso es, o puede convertirse, en un caso difícil. En la conocida clasificación de las teorías de la interpretación trazada por Hart, el escepticismo interpretativo se opone tanto al *formalismo interpretativo* –la tesis según la cual toda disposición tiene un sólo significado, y que todos los casos son claros– como a la *teoría mixta* del propio Hart. Según la teoría mixta, en primer lugar, las disposiciones tienen en algunos casos un sólo significado, otras veces más de un significado; en segundo lugar, los casos en ocasiones son fáciles mientras que otras veces son difíciles.

Pese a que no todos los realistas jurídicos continentales suscriben claramente ni a la primera tesis (Tesis de la separación) ni a la segunda (Tesis del emotivismo meta-ético), todos ellos defienden la tercera: el escepticismo interpretativo. El escepticismo interpretativo es hoy la única tesis verdaderamente distintiva y definitoria del realismo jurídico, y no sólo del continental. Además, es necesario no olvidar que esta tesis es también sostenida por el propio Kelsen, quien podría ser considerado realista, al menos en lo que a su teoría de la interpretación se refiere. En realidad, mientras que el iusnaturalismo y el positivismo jurídico son definidos por sus respectivas tesis sobre la separación entre derecho y moral, el realismo jurídico tal vez puede ser definido como la variante del positivismo jurídico que privilegia

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

la teoría de la interpretación (lo que no podría decirse de Kelsen). El hecho de que todos los realistas jurídicos sean, por definición, escépticos interpretativos no debe confundirnos acerca de los tres tipos de escepticismo por ellos sostenidos: escepticismo genérico, radical y moderado.

El escepticismo *genérico* es defendido sobre todo por los realistas jurídicos suecos, quienes manifestaron en relación a la interpretación sólo un genérico interés en el plano cognitivo, y un genérico favor –como todos los movimientos anti-formalistas– en el plano normativo. En efecto, los filósofos de Uppsala se distinguen de los realistas estadounidenses –y de los propios teóricos antiformalistas continentales– en cuanto privilegian la interpretación doctrinal en detrimento de la judicial, ocupándose sobre todo del típico problema continental de la ciencia jurídica. El escepticismo *radical*, por el contrario, es sostenido –debido en parte a la influencia de algunos realistas estadounidenses– por Tarello y por Troper. Para estos últimos, la interpretación *crea* el significado de las disposiciones, como si éstas –en ausencia de interpretación– carecieran de significado.

Finalmente, el escepticismo interpretativo *moderado* es defendido por Alf Ross y por la Escuela de Génova, excepto por Tarello. Según esta última tesis, la interpretación no es creación (del significado) sino participación en la producción del derecho. El derecho, desde este punto de vista, sería producido en formas diversas, pero complementarias, por parte del juez y también del jurista. Con todo, el escepticismo interpretativo moderado se distingue, al menos inicialmente, de la teoría mixta de Hart, aunque la diferencia depende del peso que cada autor atribuye a la interpretación doctrinal y a la interpretación judicial. Allí donde es privilegiada la interpretación doctrinal, el escepticismo moderado continúa distinguiéndose de la teoría mixta; cuando en cambio aquello que se privilegia es el momento de la aplicación judicial, el escepticismo moderado y la teoría mixta tienden a confundirse.

IV. Bibliografía

A.A.V.V. "Droits", número monográfico sobre la obra de Michel Troper, 2003.

Bjarup, J., *Skandinavischer Realismus: Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Ross*, Freiburg-München, Aeber, 1978.

_____, *Reason, Emotion and the Law. Studies in the Philosophy of Axel Hägerström*, Aarhus, Press of the Faculty of Law, 1982.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *The Philosophy of Scandinavian Legal Realism*, in «Ratio Juris», 2005.

CASSIRER, E., *Axel Hägerström. Eine Studie zur schwedischen Philosophie der Gegenwart* (1939), ora in Id., *Gesammelte Werke*, Bd. 21, Hamburg, Meiner, 2005.

_____, *Filosofía moral, derecho y metafísica: un diálogo con Axel Hägerström*, Editorial Herder, Barcelona, 2010.

CASTIGNONE, Silvana, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995.

_____, *La máquina del derecho*, Universidad del Externado, Colombia, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi y RATTI, Giovanni Battista. (eds.), *El realismo jurídico* genovés, Madrid, Marcial Pons, 2011.

HART, Herbert, *Scandinavian Realism* (1959), en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, pp. 161-169; trad. esp. "Realismo escandinavo", en Moreso, Jose Juan y Casanovas, Pompeu (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994.

GEIGER, Theodore, *Debat ned Uppsala om moral och ret* (1946), trad. cast. *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, México, Fontamara, 1992.

GUASTINI, Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Universidad del Externado, Colombia, 2012.

_____, "Ross sul diritto giurisprudenziale", en *Analisi e diritto 2002*-2003, Torino, Giappichelli, 2004.

_____, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008.

HIERRO, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Iustel, Madrid, 2008.

LUNDSTEDT, Vilheim, *Law and Justice*, Almquist&Wiksells, Uppsala, 1952.

_____, *Legal Thinking Revised*, Almqvist&Wiksell, Stockholm, 1956.

MINDUS, Patricia, *A Real Mind. A Realist Awakening: the Hidden Clockwork of Law*, Springer, Berlin, 2009.

_____, *L'impatto del giusrealismo sul modello sociale scandinavo: Axel Hägerström fra diritto, morale e politica*, in «Il Bigiavi», 2, may 2010.

OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, Labor, Barcelona, 1980.

_____, *La realtà del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000.

PATTARO, Enrico, *Il realismo giuridico scandinavo I: Axel Hägerström*, Cooperativa Libraria, Bologna, 1974.;

_____, (ed.), *Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1982.

ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, London, 1968 [trad. it. *Direttive e norme*, Comunità, Milano, 1978].

_____, Hacia una ciencia realista del derecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *Lógica de las normas*, Comares, Granada, 2000.
_____, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997.
_____, *Tú-tú*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
SERPE, Alessandro, *Realismo nordico e diritti umani*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2008.
SPAAK, Torben, *Karl's Olivecrona Legal Philosophy. A Critical Appraisal*, in «Ratio Juris», 2011.
STRÖMHOLM, S., Vogel, H. H., *Le "Réalisme scandinave" dans la philosophie du droit*, L. G. D. J, Paris, 1975.
TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, Comares, Granada, 2003.
_____, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974.
_____, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.
_____, *Teorías e ideologías en el derecho sindical*, Comares, Granada, 2002.
TROPER, Michel *Ensayos de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2004
_____, *La Filosofía del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2004.
_____, *Por una teoría jurídica del Estado*, Dykinson, Madrid, 2001.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CAPÍTULO 7
REALISMO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE

Brian LEITER*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La indeterminación jurídica*. III. La *Afirmación Central del Realismo Jurídico*. IV. *Las dos ramas del realismo*. V. *¿Teoría del derecho naturalizada?* VI. *¿Cómo deberían los jueces decidir los casos*? VII. *El legado del Realismo Jurídico (1): La educación y la academia jurídica en los Estados Unidos.* VIII. *El legado del Realismo Jurídico (2): la teoría jurídica.* IX. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El Realismo Jurídico fue el movimiento de teoría del derecho nativo más importante de los Estados Unidos durante el siglo XX, y ha tenido un impacto profundo no solo en la educación y academia jurídicas, sino también en la reformas al derecho y en la abogacía. Al contrario de su primo escandinavo (ver, REALISMO JURÍDICO EUROPEO), el realismo estadounidense no eran primariamente una extensión al derecho de doctrinas filosóficas substantivas de la semántica y la epistemología. Los realistas eran juristas (y, algunos, científicos sociales), no filósofos, y sus motivaciones fueron, por tanto, diferentes. Como juristas, ellos estaban actuando contra el "formalismo" o la "jurisprudencia mecánica" de sus días. El "formalismo," en sentido pertinente aquí, sostenía que los jueces decidían los casos basándose en reglas y razones distintivamente *jurídicas*, las cuales justificaban un resultado único en la mayoría de los casos (quizá en todos). Los realistas sostuvieron, por el contrario, que un estudio empírico cuidadoso de la forma como las cortes deciden *en realidad* los casos, revela que ellas no los deciden primariamente con base en el derecho, sino basándose en (dicho en térmi-

* Karl N. Llewellyn Professor of Jurisprudence and Director, Center for Law, Philosophy, and Human Values, University of Chicago, Estados Unidos. Apareció originalmente en inglés en Martin P. Golding & William A. Edmundson (eds.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Pub., 2005. (Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 241-276.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

nos generales) en su sentido de lo que es "justo" según los hechos del caso. (Refinaremos esta formulación de la "Afirmación Central" del realismo en un momento). Las reglas y las razones jurídicas figuran simplemente como racionalizaciones *post-hoc* para las decisiones alcanzadas en base de consideraciones no jurídicas. Dado que los realistas jurídicos nunca hicieron explícitos sus presupuestos filosóficos acerca de la naturaleza del derecho o su concepción de teoría jurídica, una tarea importante para los realistas jurídicos de hoy es una reconstrucción y defensa de esas tesis, en especial contra las críticas de filósofos jurídicos, notablemente, de H. L. A. Hart.

Pero el realismo también carga las marcas de una cultura intelectual que compartió con su primo escandinavo. Esta cultura –la dominante en el mundo occidental desde la mitad del siglo XIX hasta al menos la mitad del siglo XX– fue profundamente "positivista", en el sentido en que veía a las ciencias naturales como el paradigma de todo conocimiento genuino, y pensaba que todas las demás disciplinas (desde las ciencias sociales hasta los estudios jurídicos), deberían emular el método de la ciencias naturales. Un elemento clave en lo anterior era el método de la *comprobación empírica:* las hipótesis tienen que ser comprobadas mediante observaciones del mundo. Así, los realistas frecuentemente afirmaban que lo que se expresaba como "derecho" no era, de hecho, "confirmado" por las observaciones de lo que las cortes estaban haciendo en realidad. También fue influyente en algunos realistas el conductismo en psicología –la versión de John Watson, no la versión posterior y mejor conocida de B. F. Skinner– la cual estaba controlada por una concepción "positivista" del conocimiento y el método. Los conductistas renunciaron a hablar de las creencias y deseos de las personas –fenómenos que eran inobservables, y por tanto (o al menos, así pensaban los conductistas), no confirmables empíricamente– en favor de tratar de explicar la conducta humana estrictamente en términos de los estímulos y las respuestas que ellos generan. El objetivo era descubrir leyes que describieran cuales estímulos generan cuales respuestas. Muchos realistas pensaban que una ciencia genuina del derecho debía hacer lo mismo: debía descubrir cuáles "estímulos" (por ejemplo, cuales escenarios reales) producían determinadas "respuestas" (es decir, cuales decisiones judiciales). Este entendimiento de la "ciencia" jurídica tiene su manifestación más vívida en el trabajo de Underhill Moore, a quién nos remitiremos más adelante. Para la mayor parte de los realistas, sin embargo, el compromiso con la "ciencia" y los "métodos científicos" era más una cuestión de metáfora y retórica que de práctica académica real: se puede apreciar, por ejemplo, cuando los

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

realistas hablaban de "probar" las reglas jurídicas frente a la experiencia para ver si ellas producen los resultados que deberían producir.

El Realismo Jurídico estadounidense reclamó a Oliver Wendell Holmes Jr. como su ancestro intelectual, pero surgió como una fuerza intelectual real en los años veinte en dos escuelas de derecho en el noreste de los Estados Unidos, Columbia y Yale. Karl Llewellyn, Underhill Moore, Walter Wheeler Cook, Herman Oliphant, y Leon Green estaban entre las mayores figuras en el Realismo Jurídico asociado con estas dos escuelas (aunque Green finalmente pasó la mayor parte de su carrera en Northwestern and Texas, mientras que Cook partió pronto de Columbia a Johns Hopkins). No todos los realistas, sin embargo, eran académicos. Jerome Frank –quién ha tenido un impacto desproporcionado en la recepción a largo plazo del realismo– era un abogado con considerable experiencia el litigio, quién (como muchos realistas) más tarde trabajó con la administración "New Deal" del presidente Franklin D. Roosevelt durante los años treinta, y eventualmente sirvió como un juez federal; pero nunca tuvo un nombramiento académico. Entre los teóricos del derecho, los realistas son ciertamente notables por el gran número de ellos que también disfrutaron notables carreras en la práctica del derecho, incluyendo, por ejemplo, William O. Douglas (nombrado como juez a la Suprema Corte de los Estados Unidos por Roosevelt) y Thurman Arnold, fundador de una prominente firma de abogados de Washington D.C. que aún lleva su nombre.

II. La Indeterminación Jurídica

Los realistas sostuvieron de forma famosa que el derecho era "indeterminado". Por esto, ellos querían decir dos cosas: Primero, que el derecho era *racionalmente* indeterminado, en el sentido de que la clase de razones disponibles no *justifican* una única decisión (al menos en aquellos casos que alcanzan la etapa de revisión en apelación); pero, segundo, que el derecho también era *causal* o *explicativamente* indeterminado, en el sentido de que las razones jurídicas no son suficientes para explicar por qué los jueces deciden en la forma en que lo hacen. La indeterminación causal *implica* interminación racional bajo el supuesto de que los jueces responden a las razones jurídicas (justificatorias) aplicables. Por supuesto, este supuesto es no trivial, y al menos un realista, Jerome Frank, prestó atención a la indeterminación

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que resulta de la incompetencia judicial o la corrupción.[1] Desde el punto de vista de la teoría del derecho, claro está, esta indeterminación es trivial, dado que ¡ningún teórico jurídico, de ninguna escuela, niega que el derecho hace un trabajo pobre en predecir lo que las cortes harán cuando las cortes son ignorantes o indiferentes a las normas!

Los argumentos realistas en favor de la indeterminación racional del derecho generalmente se enfocan en la existencia de cánones incompatibles pero igualmente legítimos para la interpretación de precedentes y estatutos. Llewellyn demostró, por ejemplo, que las cortes han aceptado *al mismo tiempo*, el principio de que interpretación legislativa de que "Un estatuto no puede ir más allá de su texto", pero también el principio que "Para dar efecto a su propósito un estatuto debe ser implementado más allá de su texto".[2] Pero si una corte puede aplicar adecuadamente ambos cánones cuando se encuentra con una cuestión de interpretación legislativa, entonces los "métodos" de razonamiento jurídico justificarían al menos dos interpretaciones diferentes del significado del estatuto. En este caso, la pregunta para los realistas era: ¿por qué razón llega el juez a determinado resultado si las razones jurídicas no le conducen a hacer eso?

Llewellyn ofreció un argumento similar acerca de las formas incompatibles, pero igualmente legítimas, de interpretar los precedentes.[3] Según la versión (incautamente) fuerte de Llewellyn del argumento, *cualquier* precedente puede ser leído de forma "estricta" o de forma "amplia", y ambas lecturas son "aceptadas, legítimas, honorables".[4] La interpretación estricta caracteriza la regla del caso como específica a los hechos particulares del mismo; la interpretación amplia abstrae (en varios grados) de los hechos específicos para tratar el caso como si estableciera una norma general. Pero, "si cada precedente no tiene un valor [es decir, no genera una sola regla], sino dos, y… las dos están ampliamente apartadas, y… cualquier valor que una corte posterior le asigne, tal asignación será respetable, tradicionalmente adecuada y dogmáticamente correcta",[5] entonces el precedente, como FUENTE DE DERECHO, no puede proporcionar razones para un resultado único, porque más de una regla puede extraerse del mismo precedente.

[1] Frank, Jerome, "Are judges human?" Parts I & II, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 80, 1931, 17–53, 233–67.

[2] Llewellyn, Karl, "Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed", *Vanderbilt Law Review*, vol. 3, 1950, p. 401.

[3] Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush*. New York, Oceana, 1930.

[4] *Idem*, p. 74.

[5] *Idem*, p. 67.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Una dificultad con estos argumentos realistas es que ellos confían en una concepción tácita de argumento jurídico *legítimo*. El supuesto es que si los abogados y las cortes emplean algunas formas de argumento –una interpretación "estricta" del precedente, un canon de interpretación legislativa– entonces esta forma de argumento es *legítima* en todos y cada uno de los casos. Dicho con poca precaución, esto no puede ser correcto: no *toda* interpretación estricta del precedente será jurídicamente adecuada en todos los casos. Incluso Llewellyn debió reconocer esto, como lo siguiere su famoso –pero claramente jocoso– ejemplo de la lectura "estricta" que establece: "esta regla se aplica sólo para pelirrojos de apellido Walpole que anden en carros Buick magenta pálido."[6] Pero esto difícilmente podría ser una interpretación legítima de un precedente, dejando de lado algún escenario bizarro en el cual todos esos hechos resalen ser jurídicamente relevantes, y Llewellyn parecía estar consciente de ello. La afirmación no podría ser, entonces, que *cualquier* interpretación estricta o amplia del precedente es *siempre* válida. Lo único que puede significar es que los jueces y abogados tienen esta latitud interpretativa tan a menudo como para inyectar al derecho un nivel considerable de indeterminación.

Existe una dificultad relacionada, vinculada con otro supuesto implícito del argumento realista. Debe notarse que el argumento realista en favor de la indeterminación del derecho –en realidad, de la indeterminación del derecho y el RAZONAMIENTO JURÍDICO– está basado en realidad en una tesis implícita acerca del *alcance* de la clase de razones jurídicas: es decir, la clase de razones que los jueces pueden adecuadamente invocar en la justificación de una decisión. Los realistas parecen asumir que las fuentes legítimas del derecho se agotan en los estatutos y el precedente, dado que ellos se enfocan, casi exclusivamente, en los métodos incompatibles pero igualmente legítimos de INTERPRETACIÓN de estatutos y precedentes para establecer la indeterminación del derecho. Desafortunadamente, los realistas nunca dieron un argumento para fundamentar este supuesto. Escritores posteriores, como Ronald Dworkin, han argüido que gran parte de la indeterminación del derecho desaparece cuando expandimos nuestra noción de las FUENTES LEGÍTIMAS DEL DERECHO para incluir no sólo a los estatutos y precedentes, sino también principios morales y políticos más amplios (véase, TEORÍA INTERPRETATIVISTA DEL DERECHO). Los realistas jurídicos, consistentes con su cultura intelectual positivista, presumieron que los principios morales eran subjetivos y maleables. Existen ciertamente razones para presumir que los realistas están en lo cierto, y Dworkin equivocado en

[6] *Ibidem*, p. 72.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

este aspecto[7], pero el tema, desafortunadamente, no fue tratado directamente por los realistas mismos.

Vale la pena resaltar un punto final acerca de la indeterminación realista. Al contrario de los ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS posteriores, los realistas, mayormente, no exageraron el alcance de la indeterminación en el derecho. Los realistas tenían (generalmente) claro que su enfoque era la indeterminación en las revisiones que hacen los jueces en el nivel de apelación, donde se puede esperar un alto nivel de falta de certeza en el derecho. Casos que tienen respuestas jurídicas determinadas son, después de todo, menos probables de ser objeto de litigio en la etapa apelatoria. Así, Llewellyn explícitamente cualificó esta indeterminación al decir que, "[e]n cualquier caso suficientemente dudoso para hacer al litigio una alternativa respetable, las premisas autoritativas disponibles… son al menos dos, y… las dos son mutuamente contradictorias cuando se aplican al caso en cuestión".[8] Y Max Radin notó que "las decisiones [judiciales] en consecuencia serán cuestionables primariamente por los que podrían ser llamado casos marginales, en los cuales la prognosis es difícil e incierta. Este es el hecho que hace al cuerpo completo de enunciados jurídicos algo menos estable de lo que realmente es".[9]

III. La Afirmación Central del Realismo Jurídico estadounidense

Todos los realistas estaban de acuerdo en que el derecho y las razones jurídicas son racionalmente indeterminadas (al menos en aquellos casos que alcanzan la etapa de apelación), así que la mejor explicación de por qué los jueces deciden en la forma en que lo hacen debe buscarse por fuera del derecho mismo. En particular, todos los realistas abrazaron lo que puede ser llamarse como la "Afirmación Central" del realismo: al decidir los casos, los jueces responden primariamente a los estímulos de los hechos del

[7] *Cfr.* Leiter, Brian, "Objectivity, morality, and adjudication", en Leiter, Brian, *Naturalizing jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (capítulo 8) [hay traducción en español en Battista Ratti, Giovanni, "Objetividad, moralidad y adjudicación", en *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012].

[8] Llewellyn, Karl, "Some realism about realism –responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. 44, 1931, p. 1239.

[9] Radin, Max, "In defense of an unsystematic science of law", *Yale Law Journal*, vol. 51, 1942, p. 1271.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

caso, en vez de responder a las razones y reglas jurídicas. Es posible encontrar alguna versión de la Afirmación Central en los escritos de todos los realistas principales.

Oliphant, por ejemplo, nos da una formulación admirablemente sucinta cuando dice que las cortes "responden a los estímulos de los hechos en los casos concretos que deben resolver, en vez de responder a los estímulos de las abstracciones excesivamente generales y obsoletas de los precedentes y tratados".[10] La afirmación de Oliphant fue confirmada por la confesión del juez Joseph Hutchenson, quien sostuvo que "el impulso motivante principal para la decisión es el sentido intuitivo de lo que es correcto o incorrecto en el caso".[11] De forma similar, Frank citó a "un gran juez estadounidense," Chancellor Kent, quién admitió que, "Él primero se hacía un 'maestro de los hechos.'" Entonces (él escribió), "Yo veo donde yace la justicia, y el sentido moral le dicta a la corte la mitad del tiempo; entonces yo me siento a buscar las autoridades… pero yo *casi siempre encuentro principios adecuados a mi interpretación del caso*".[12] Precisamente, la misma tesis de que lo que los jueces hacen realmente cuando deciden los casos es un supuesto del consejo que Llewellyn da a los abogados en el sentido de que, aunque ellos deben proporcionar a la corte una "escalera técnica" para justificar el resultado, lo que un abogado realmente debe ser es "con base a los hechos… persuadir a la corte de que tu argumento es adecuado".[13] De forma similar, Frank cita aprobatoriamente a un presidente de la American Bar Association al efecto de que "la forma de ganar un caso es hacer que el juez quiera decidir en tu favor, y sólo después, citar los precedentes que justificarían tal determinación".[14]

Varios puntos deben notarse acerca de cómo debemos interpretar la Afirmación Central del realismo.

Primero, no es simplemente la tesis trivial de que los jueces deben tomar en cuenta los hechos del caso al momento de decidir la solución del mismo. Más bien, es la tesis mucho más fuerte de que al momento de decir los casos, los jueces están reaccionado a los hechos subyacentes del caso, *sean o no esos hechos jurídicamente relevantes,* es decir, sean o no relevantes en virtud de las reglas jurídicas aplicables. Segundo, la Afirmación Central no es la tesis de

[10] Oliphant, Herman, "A return to stare decisis", *American Bar Association Journal*, vol. 14, 1928, p. 75.

[11] Hutcheson, Joseph, "The judgment intuitive: The function of the 'hunch' in judicial decisión", *Cornell Law Quarterly*, vol. 14, 1929, p. 285.

[12] Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*. New York, Brentano's, 1930, p. 104 (nota)

[13] Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush*. New York, Oceana, 1930, p. 76.

[14] *Ibidem,* p. 102.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que las razones y reglas jurídicas *nunca* afecten el curso de la decisión; sino que es el afirmación más débil de que generalmente tienen un efecto poco o nulo, especialmente en la case de casos con los cuales los realistas estaban especialmente ocupados: es decir, aquella clase casos mas difíciles que alcanzan la etapa de la revisión en apelación. Llewellyn es representativo cuando se pregunta, "¿Estoy sugiriendo que… las 'reglas aceptadas', las reglas que los jueces dicen que aplican, no tienen ninguna influencia en su conducta real?", y responde, "No".[15] La aproximación realista, dice Llewellyn, "admite… *alguna* relación entre *cualquier* regla aceptada y la conducta judicial" pero entonces demanda que la averiguación de *cuál* es la relación requiere investigación empírica, dado que no siempre es la relación sugerida por la "lógica" (o el contenido) de la regla."[16] Como él mismo plantea este punto en otro lugar: Los realistas niegan que "las formulaciones tradicionales de la regla sean *el* factor decisivamente operativo que produce que las decisiones de las cortes".[17] Pero negar sólo *esta* afirmación es admitir que las reglas juegan *algún* papel causal en las decisiones.

Tercero, muchos de los realistas defendieron la Afirmación Central con la esperanza de que las reglas jurídicas pudieran ser reformuladas en formas más específicas a los hechos: esto, más que nada, explica el profundo impacto que el realismo tuvo en el derecho estadounidense y la reforma del derecho. Así, por ejemplo, Oliphant habló de un "regreso al *stare decisis*",[18] la doctrina de que las reglas establecidas en casos anteriores deberían controlar los casos subsecuentes que son similares en una forma relevante. La crítica de Oliphant era que las "reglas jurídicas", como eran articuladas por las cortes y los académicos, se habían vuelto tan generales y abstractas, que ignoraban los contextos fácticos particulares en los cuales las disputas originales surgieron. El resultado fue que esas reglas en últimas no tenían ningún valor para los jueces en casos posteriores, quienes simplemente "respondían a los estímulos de los hechos en los casos concretos frente a ellos en vez responder a los estímulos de las abstracciones excesivamente generales y obsoletas de los precedentes y tratados [previos]".[19] Oliphant sostuvo que una doctrina del *stare decisis* verdaderamente significativa podr-

[15] Llewellyn, Karl, "A realistic jurisprudence – the next step", *Columbia Law Review*, vol. 30, 1930, p. 444.

[16] *Idem.*

[17] Llewellyn, Karl, "Some realism about realism –responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. 44, 1931, pp. 1237 (énfasis añadido).

[18] Oliphant, "A return to stare decisis", *op. cit.*

[19] *Ibidem*, p. 75.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ía ser restaurada al hacer reglas jurídicas más específicas a los hechos. Así, por ejemplo, en vez de pretender que existe una única regla general acerca de la coercibilidad de los pactos de no concurrencia [*contractual promises not to compete*], Oliphant sugirió que prestemos atención a lo que los jueces hacen en esa área: es decir, los jueces hacen cumplir tales pactos cuando son hechos por el comprador de un negocio al vendedor, pero no los hacen cumplir cuando son hechos por un empleado o próximamente exempleado a su empleador.[20] En el primer escenario, afirmó Oliphant, las cortes estaban haciendo simplemente lo único que tiene sentido económicamente (nadie compraría un negocio, si el vendedor podría simplemente abrir la tienda de nuevo y competir); mientras que en el segundo escenario, las cortes estaban tomando en cuenta las normas prevalentemente informales que regulaban las relaciones laborales del momento, que desaprobaban tales promesas. (El 2nd *Restatement of Contracts*, producido por el American Law Institute, posteriormente codificó algo muy cercano a la distinción de Oliphant).*

IV. Las dos ramas del realismo

Aunque todos los realistas aceptaron la Afirmación Central, ellos se separaban por la respuesta a la pregunta acerca de qué explicaba por qué los jueces respondían a los hechos subyacentes del caso de la forma como lo hacían. El "Ala Sociológica" del Realismo –representada por escritores como Oliphant, Moore, Llewellyn y Felix Cohen– pensó que las decisiones judiciales caen dentro de patrones *predecibles*, aunque patrones que *no* eran predecibles simplemente mirando a las reglas jurídicas existentes. De este hecho, los realistas infirieron que varias fuerzas "sociales" deben operar sobre los jueces para forzarlos a responder a los hechos en formas similares y predecibles.

El "Ala Idiosincrática" del Realismo, en contraste –ejemplificada de forma más prominente por Frank y el juez Hutcheson– afirmaba que lo que determina la respuesta de los jueces a los hechos de un caso particular son hechos idiosincráticos acerca de la psicología o personalidad del juez

[20] *Ibidem*, pp. 159-160.

* *N. de. T.* Los *Restatement of the Law* son una serie de tratados jurídicos que buscan informar a los jueces y abogados sobre los principios generales del common law. Los Restaments son elaborados por el American Legal Institute, una suerte de Academia de Jurisprudencia de los Estados Unidos que tiene cuatro mil miembros, entre jueces, abogados y autores extranjeros. El autor se refiere al Segundo *Restatement* del derecho contractual de 1981.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

individual. Así, Frank notoriamente afirmó que la "personalidad del juez el hecho central en la administración del derecho."[21] (Nótese, sin embargo, que ningún realista nunca afirmó, como la leyenda popular dice, que "lo que el juez comió por desayuno" determina su decisión!) O, como Frank formuló el punto en otro lugar: la "teoría convencional" sostiene que "*Regla* más *Hechos* = *Decisión*", mientras que su propia visión es que "los *Estímulos* que afectan al juez" más "la *Personalidad del juez* = *Decisión.*"[22] Está claro, por supuesto, la inyección de Frank de la "Personalidad del Juez" en la fórmula pone el sello distintivo a la interpretación de Frank de la Afirmación Central: si eliminamos eso nos quedamos con la Afirmación Central misma.

Ahora bien, no obstante la retórica conductista de la anterior definición, Frank estaba, de hecho, influenciado primariamente por el psicoanálisis freudiano, una doctrina anatema de los conductistas, dado que dispensa la prohibición conductista de hacer referencia a lo que va en la "caja negra" de la mente: las creencias y deseos (nada menos que *inconscientes*!) que son el objeto mismo del psicoanálisis. A pesar de estas diferencias, el freudianismo retiene la auto-concepción científica característica del conductismo, y así Frank podría seguir pensando en su aproximación como una contribución a una ciencia del derecho.

Sin embargo, influenciado por la idea de Freud de que la clave de una personalidad yace en las profundidades enterradas del subconsciente, Frank sintió que sería imposible para los observadores de la conducta judicial describir los hechos cruciales acerca de la personalidad que determinarían la respuesta de un juez a los hechos del caso particular. Como resultado, Frank concluyó que la predicción de decisión judicial sería mayormente imposible; el deseo de los jueces y abogados de pensar de otra forma, él sugirió, reflejaba simplemente un deseo infantil por seguridad y certeza.

El escepticismo de Frank sobre nuestra habilidad para predecir como deciden los jueces casos contradice totalmente la experiencia de la mayor parte de los abogados. Aunque el resultado de algunos casos es difícil de pronosticar, la mayor parte del tiempo los abogados son capaces de recomendar a los clientes un resultado probable de las disputas que ellos llevan frente a las cortes: si no fueran capaces de hacerlo, ¡estarían por fuera del negocio! No obstante de que el escepticismo de Frank difícilmente responde con la evidencia práctica, una característica notable de la recepción a

[21] Frank, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 111.
[22] Frank, "Are judges human?", Part II, *op. cit.*, p. 242.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

largo plazo del realismo es que la tesis de Frank es a menudo tomada como la esencia del realismo. Esta "Frank-cificación" del realismo no hace justicia a la mayoría de los realistas quienes sintieron que las decisiones judiciales eran predecibles –porque sus factores determinantes eran fuerzas sociales identificables, no hechos opacos acerca de la personalidad– ni tampoco aquellos realistas que concibieron un régimen jurídico refaccionado que realmente describa y prediga las decisiones judiciales, precisamente porque ellos tendrían en cuenta los contextos fácticos particulares a los cuales las cortes responden en realidad.

Recuérdese el ejemplo de Oliphant sobre las decisiones judiciales incompatibles sobre la validez de los pactos de no concurrencia. Oliphant afirma que de hecho las decisiones reflejaban los hechos subyacentes de los casos:

> Todos los casos donde se invalidaron los pactos ocurrieron en casos donde los empleados prometieron no competir con sus empleadores después del fin del empleo. Las regulaciones de los gremios contemporáneas [*i.e.,* regulaciones sindicales] no citadas en los fallos hacían de la decisión una eminentemente adecuada. Todos los casos donde se sostuvo que los pactos eran válidos fueron casos donde la promesa fue hecha por un vendedor de un negocio y prometiendo no competir con el comprador. La realidad económica contemporánea hizo de esos unos fallos eminentemente adecuados.[23]

Así, en el primero de los escenarios fácticos, las cortes aplicaron las normas prevalentes (que estaban expresadas en las normas de los gremios que desaprobaban tales promesas); en el segundo caso, las cortes decidieron de forma diferente porque era lo mejor económicamente en *aquellas* circunstancias. Llewellyn proporciona una ilustración similar.[24] Una serie de casos de New York aplicaron la regla de que un comprador que rechaza la entrega del objeto mediante una declaración formal de sus objeciones, por ello renuncia a todas las demás objeciones no explícitas. Llewellyn nota que la regla parece haber sido aplicada de forma demasiado fuerte en una serie de casos donde los compradores simplemente no podían haber sabido en el momento del rechazo de otros defectos o donde el vendedor no hubiera podido remediarlo de ninguna otra forma. Un estudio cuidadoso de los hechos de esos casos reveló, sin embargo, que en todos los casos donde la regla parecía duramente aplicada, lo que pasaba en realidad era que el mercado había fallado y el comprador estaba buscando escapar del contrato. Las cortes en todos los casos, siendo "sensible al comercio o la decen-

[23] Oliphant, "A return to stare decisis", *op. cit.,* pp. 159-60.

[24] Llewellyn, Karl, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston, Little, Brown & Co, 1960, pp. 122-124.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cia",[25] aplicaron la regla no relacionada sobre el rechazo para frustrar el intento del comprador para escaparse del contrato. Así, la norma comercial "los compradores deben honrar sus compromisos incluso cuando las condiciones de mercado han cambiado" es aplicada por las cortes a través de una *aparente* aplicación dura de una regla no relacionada que regulaba el rechazo del objeto. Son estos "hechos del trasfondo, esas prácticas mercantiles, las del tipo de situación,"[26] las que determinan el curso de la decisión.

Underwill Moore trató de sistematizar esta aproximación en lo que él denominó el "método institucional".[27] La idea era esta: identificar la conducta normal de cualquier "institución" (*e.g.,* un banco comercial); entonces identificar y demarcar cuantitativamente las derivaciones de esta norma, y tratar de identificar el punto en el cual la desviación de la norma *causará* una decisión judicial que corrija tal desviación (*e.g.,* ¿cuán lejos debe apartarse un banco de la práctica normal del cambio de cheques antes de que la corte decida contra el banco en una demanda presentada por un cliente?) El objetivo es obtener una formula predictiva: la desviación de grado X del "la conducta institucional (*i.e.,* la conducta que frecuente, repetida y usualmente ocurre)"[28] causará la actuación de las cortes. Así, dice Moore, "la semblanza de relación causal entre las decisiones futuras y pasadas es el resultado de la relación entre ambas con una tercera variable, las instituciones relevantes en la localidad de la corte".[29] Dicho de otro modo: lo que las cortes responden es la medida en la cual los hechos muestran una desviación de los hechos prevalentes en la cultura comercial.

La tesis de los realistas del Ala Sociológica como Llewellyn, Oliphant y Moore –que los jueces aplican las normas de la cultura comercial o tratan de hacer lo que es mejor socio-económicamente basándose en los hechos del caso– no debe ser confundida con la idea de que los jueces deciden, por ejemplo, con base en como se sienten acerca de las partes o los abogados del caso. Estas "equidades de chimenea", como Llewellyn las llamó, [30] pueden algunas veces influenciar a los jueces. Pero lo que de forma más típica determina el curso de la decisión es el "tipo de situación", es decir, el

[25] *Ibidem,* p. 124

[26] *Ibidem,* p. 126.

[27] Moore, Underhill y Hope, Theodore, "An institutional approach to the law of commercial banking", *Yale Law Journal*, vol. 38, 1929, pp. 703–19.

[28] *Ibidem,* p. 707.

[29] Moore, Underhill y Sussman, Gilbert, "Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts – VI. The decisions, the institutions, and the degree of deviation," *Yale Law Journal*, vol. 40, 1931, p. 1219.

[30] Llewellyn, *The Common Law Tradition, op. cit.,* p. 121.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

patrón general de conducta ejemplificado por los hechos particulares de la transacción en disputa y que constituye la conducta normal o socioeconómicamente deseable en el contexto comercial relevante. Sin duda, el punto no es que los jueces usualmente deciden basándose en gustos y aversiones idiosincráticas con respecto a los individuos frente a la corte.[31] Así, por ejemplo, el innovador libro de texto de responsabilidad extracontractual de Leon Green de 1931[32] no fue organizado según las categorías doctrinales tradicionales (*e.g.,* negligencia, daños intencionales, responsabilidad objetiva), sino a través de escenarios fácticos ("tipos de situación") en los cuales los daños ocurren: *e.g.,* "operaciones quirúrgicas", "tráfico y transporte" y similares. La premisa de esta aproximación es que no existían reglas generales de la responsabilidad extracontractual *per se,* sino patrones predecibles de decisiones para cada tipo de situación recurrente que las cortes entregan.

Pero, ¿por qué los jueces, con cierto grado de uniformidad predecible, utilizan las normas de la cultura comercial como las aplicables a los hechos subyacentes del caso? Aquí debemos hacer una inferencia de la mejor explicación del fenómeno: deben existir características del perfil "sociológico" (como opuesto al perfil idiosincrático) de los jueces que explican la uniformidad predecible de sus decisiones. Sin embargo, los realistas hicieron sólo un poco más que un esbozo de una explicación psico-social adecuada. "La posición judicial profesional", sugirió Llewellyn, era "la más importante entre todas las líneas de factor que hacen la predictibilidad" de la decisión;[33] "el *cargo* espera y luego se mueve con el majestuoso poder de modelar al hombre".[34] Haciendo eco a Frank, pero modificándolo, Llewellyn continuó:

> El lugar para empezar es el hecho de que los hombres de nuestros estrados de apelación son seres humanos… Y uno de los hechos más obvios y obstinados acerca de los seres humanos es que ellos operan y responden a tradiciones… Las tradiciones los capturan, los modelan, los limitan, los guían…. Para un hombre de sociología o psicología… esto no requiere ningún argumento.[35]

Radin sugirió que "las transacciones estándares con sus incidentes regulatorios son comunes para él [el juez] por su experiencia como ciudadano y

[31] Radin, Max, "The theory of judicial decision: Or how judges think", *American Bar Association Journal*, vol. 11, 1925, p. 357.
[32] Green, Leon, *The Judicial Process in Torts Cases*. St. Paul, MN, West Publishing, 1931.
[33] Llewellyn, *The Common Law Tradition, op. cit.,* p. 45.
[34] *Ibidem,* p. 46.
[35] *Ibidem,* p. 53.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

abogado".[36] Felix Cohen, en contraste, simplemente lamentó que "en este momento ninguna publicación [existente] muestra el trasfondo y actividades políticas, económicas y profesionales de nuestros jueces",[37] presumiblemente porque tal publicación identificaría los determinantes "sociales" relevantes de decisión. "Una historia realmente realista de la decisión judicial", dice Cohen, "debe concebir toda decisión como algo más que una expresión de la personalidad individual,… incluso de forma más importante… como un producto de determinantes sociales",[38] una idea que ha sido tomado en años recientes por los científicos políticos que estudian las cortes.[39]

En resumen, si el Ala Sociológica del realismo –Llewellyn, Moore, Oliphant, Cohen, Radin, entre otros– está lo cierto, entonces las decisiones judiciales se encuentran determinadas causalmente por los hechos relevantes psico-sociales acerca de los jueces, y, al mismo tiempo, las decisiones judiciales caen dentro de patrones predecibles porque esos hechos psico-sociales acerca de los jueces (*e.g.,* sus experiencias de profesionalización, su trasfondo) no son idiosincráticos, sino característicos de porciones relevantes del poder judicial. En vez de transformar la decisión judicial en un misterio, la Afirmación Central de los realistas, en la medida en que es cierta, muestra como y por qué los abogados pueden predecir lo que las cortes harán.

También, como podemos ver ahora, que solamente el Ala Sociológica de los realistas podría conservar la esperanza de crear reglas jurídicas que *realmente* pudieran "guiar" la decisión, o al menos *describir* con exactitud el curso de decisión en realidad tomado por las cortes. Esto es precisamente la razón por la cual Oliphant, por ejemplo, habló de un "regreso" al *stare decisis:* el problema para Oliphant, como para la mayor de los realistas del Ala Sociológica, no era que las reglas no tuvieran sentido, sino que las reglas existentes estaban dirigidas a un nivel de generalidad tal que no tenían ninguna relación con las formas específicas a los hecho en la cuales las cortes decidían los casos en realidad. Donde era imposible formular reglas especificas a la situación, los realistas propugnaban por utilizar reglas generales que reflejaran las normas que los jueces emplean en realidad. Esto

[36] Radin, "The theory of judicial decision: Or how judges think", *op. cit.*, p. 846.

[37] Cohen, Felix, "Transcendental nonsense and the functional approach", *Columbia Law Review*, vol. 35, 1935, pp. 809–49.

[38] *Ibidem*, p. 843.

[39] *Cfr.* Cross, Frank B., "Political science and the new legal realism: A case of unfortunate interdisciplinary ignorance." *Northwestern University Law Review*, vol. 92, 1997, pp. 251–326.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

formó parte central de la aproximación de Llewellyn a la redacción del artículo 2 del Uniform Commercial Code de los Estados Unidos –¡una tarea que parecería un sinsentido si los realistas no creyeran en reglas jurídicas!– Dado que el Ala Sociológica afirmó que los jueces, en cualquier evento, aplicaban las reglas de la cultura comercial, el Artículo 2 les decía hacer precisamente esto, mediante la imposición de la obligación de "buena fe" en los tratos comerciales.[40] La "Buena fe" requiere, además de honestidad, "la observación de los estándares comerciales razonables de un trato justo en el intercambio".[41] Para un juez, entonces, aplicar la regla que requería la "buena fe" es solamente aplicar las reglas de la cultura comercial –¡lo cuál es precisamente lo que los realistas afirmaban que ellos hacían de todas formas![42]

V. ¿Teoría del derecho Naturalizada?

Los realistas del Ala Sociológica –quienes fueron, recuérdese, la gran mayoría– pensaron que la tarea de la teoría jurídica era identificar y describir –*no* justificar– los patrones de decisión; las ciencias sociales eran una herramienta para adelantar esta tarea no-normativa. Mientras que los realistas miraron a la psicología conductista y a la sociología, es fácil comprender que los teóricos del ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO contemporáneos (al menos en su aspecto descriptivo o "positivo) se ven realizando la misma tarea apelando a las explicaciones económicas para los patrones de decisión.

Como resultado de esta orientación realista, existe un sentido en el cual podemos pensar que el tipo de teoría del derecho que los realistas defendieron era una teoría del derecho *naturalizada*, es decir, una teoría del derecho que renuncia al análisis conceptual "de sillón" en favor de una continuidad con la investigación *a posteriori* en las ciencias empíricas.[43] Al igual que la

[40] Uniform Commercial Code, sec. 1-203.

[41] *Ibidem*, sec. 2-103.

[42] Para una discusión, véase, White, James J., "The influence of American Legal Realism on Article 2 of the Uniform Commercial Code", en Krawietz, Werner; MacCormick, D. Neil, y, von Wright, G.H. (eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*. Berlin, Duncker and Humbolt, 1993.

[43] *Cfr.* Leiter, Brian, "Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence", en Leiter, Brian, *Naturalizing jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (capítulo 1) [Hay traducción en español de Giovanni Battista Ratti en "Repensando el Realismo Jurídico: hacia una teoría del derecho naturalizada", en *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012]; Leiter, Brian, "Naturalism and naturalized jurisprudence", en B.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

epistemología *naturalizada* –en la famosa formulación de Quine– "simplemente toma lugar como un capítulo de la psicología",[44] como una "ciencia puramente descriptiva causal-nomológica de la cognición humana,"[45] igual la teoría del derecho naturalizada de los realistas es una teoría esencialmente descriptiva de las conexiones causales entre los tipos de situación subyacentes y las decisiones judiciales reales. (De hecho, uno de los mayores realistas, Underhill More, incluso anticipa el slogan quineano: "Este estudio se ubica dentro del ámbito de la teoría del derecho. También se ubica dentro del campo de la psicología conductista. Ubica el ámbito dentro del campo").[46] Existen, por supuesto, diferentes concepciones de lo que significa *naturalizar* algún ámbito de la filosofía, y no podemos entrar aquí en los debates sobre sus méritos o deméritos.[47] Lo que vale la pena enfatizar es que el *método* que los realistas aplican a la teoría jurídica (al menos, a la teoría de la adjudicación) puede, fructíferamente, ser pensado como un método *naturalista*, similar a la propuesta de Quine de naturalizar la teoría del derecho.

Nótese, en particular que tanto Quine como los realistas pueden ser vistos defendiendo la naturalización por razones análogas. En una lectura conocida, Quine defiende el naturalismo como una respuesta al fracaso de los programas fundacionalistas tradicionales en epistemología, desde Descartes a Carnap. Como un comentarista lo describe: "Una vez vemos la esterilidad del programa fundacionalista, vemos que únicamente las preguntas genuinas que vale la pena preguntarse acerca la relación entre teoría y evidencia y acerca de la adquisición de creencias son preguntas psicológicas".[48] Es decir, una vez se reconoce nuestra inhabilidad para contar una historia *normativa* acerca de la relación entre evidencia y teoría –una historia acerca de por qué las teorías están *justificadas* con fundamento en la

Bix (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998 (capítulo 4).

[44] Quine, W. V. O., "Epistemology naturalized", en W.V. O. Quine, *Ontological Relativity and Other Essays.* New York, Columbia University Press, pp. 1969, p. 82.

[45] Kim, Jaegwon, "What is 'naturalized epistemology'?" *Philosophical Perspectives*, vol. 2, 1988, p. 388.

[46] Moore, Underhill y Callahan, Charles, "Law and learning theory: A study in legal control" *Yale Law Journal*, vol. 53, 1943, pp. 1–36.

[47] Leiter, "Naturalism and naturalized jurisprudence", *op. cit.*, y, Leiter, Brian, "Naturalism in legal philosophy" en E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2002, http://plato.stanford.edu/archives/fall2002/entries/lawphil-naturalism/

[48] Kornblith, Hilary, "Introduction: What is naturalistic epistemology?" en H. Kornblith (ed.), *Naturalizing Epistemology*, 2nd edn. Cambridge, MA: MIT Press, 1994, p. 4.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

evidencia– Quine nos pide que abandonemos el proyecto normativo: "¿Por qué no ver como realmente procede [la] construcción [de teorías fundamentadas en la evidencia]?[49]

Igualmente, los realistas pueden ser leídos defendiendo una teoría empírica de la adjudicación precisamente porque ellos piensan que el proyecto de la teoría del derecho tradicional de tratar de mostrar que las decisiones pueden ser *justificadas* con fundamento en la reglas y razones jurídicas es un fracaso. Para el realista, recuérdese, el derecho es racionalmente indeterminado, es decir, la clase de razones jurídicas legítimas a las que una corte puede apelar en la justificación de una decisión falla, de hecho, en justificar un *único* resultado en muchos de los casos. Si el derecho fuera determinado, entonces podríamos esperar, a excepción en casos de ineptitud o corrupción, que las reglas y razones jurídicas sean predictores confiables de los resultados judiciales. Pero el derecho es indeterminado en muchos casos, y así en tales casos no existe una historia "fundacional" que contar acerca de la decisión particular de una corte: las razones jurídicas también justificarían el resultado contrario. Pero si las reglas y razones jurídicas no pueden *racionalizar* la decisión, entonces tampoco pueden *explicarla:* Debemos, por tanto, buscar a otros factores para explicar por qué las cortes deciden en la forma en que lo hacen. Así, los realistas de hecho dicen: "¿Por qué no ver como realmente procede la construcción de las decisiones?" Los realistas, entonces, claman por una teoría de la adjudicación esencialmente *naturalizada* y por tanto *descriptiva*, una teoría de lo que causa que las cortes decidan en la forma en que lo hacen.

Sin embargo, no debemos exagerar la fuerza de la analogía (aunque ella será útil más adelante en mostrar cuál es el error de los filósofos del derecho posteriores que asimilaron el realismo con el paradigma de la filosofía-como-análisis-conceptual). En primer lugar, no deberíamos pensar que los realistas estaban totalmente comprometidos con doctrinas proto-quineanas. Podemos ver esto en dos lugares. Primero, como veremos pronto, los realistas terminaron presuponiendo una teoría del concepto de VALIDEZ para enmarcar su argumentos a favor de la indeterminación del derecho; por tanto, aunque ellos pudieron creer que la única explicación fructífera de la *adjudicación* es descriptiva y empírica, no normativa y conceptual, ellos mismos necesitaban un concepto de *derecho* que no era en sí mismo empírico o naturalizado. La analogía con la epistemología naturalizada, en otras palabras, debe ser localizada en la teoría de la adjudicación, no en la totalidad de la teoría del derecho.

[49] Quine, "Epistemology naturalized", *op. cit.*, p. 75.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Segundo, la cruz de la posición realista (al menos de la mayoría de los realistas) es que las razones no jurídicas (por ejemplo, los juicios de equidad, las consideraciones de normas comerciales, etc.) *explican* las decisiones. Ellas, por supuesto, explican las decisiones al *justificarlas*, aunque no necesariamente justifican un único resultado (es decir, las razones no jurídicas pueden por sí mismas racionalizar otras decisiones también). Ahora bien, claramente la historia descriptiva acerca de las razones no jurídicas no va a hacer parte de la naturalización no-mentalística de la teoría de la adjudicación: una explicación causal de las decisiones en términos de razones (incluso de razones no-jurídicas) no requiere tomar seriamente la fuerza normativa de las razones *qua* razones. El conductismo de Quine o de Underhill Moore no está visible aquí, pero seguramente ello es lo que debe preferirse: el conductismo fracasó como fundamento de las ciencias sociales empíricas, mientras que las teorías socio-científicas empleando categorías mentalísticas han florecido. Además, si las razones no jurídicas son por sí mismas indeterminadas –es decir, si ellas no justifican un *único* resultado– entonces cualquier explicación causal de la decisión tendría que ir más allá de identificar los hechos psico-sociales (por ejemplo, acerca de la personalidad, clase, género, socialización, etc.) que causan la decisión. Tal "naturalización" de la teoría de la adjudicación podría ser insuficientemente austera en su ontología para los escrúpulos quineanos, pero aún así es un intento reconocible de subsumir lo que los jueces hacen dentro de un marco (socio-científico).

VI. ¿CÓMO DEBERÍAN LOS JUECES DECIDIR LOS CASOS?

El naturalismo de los realistas –como está manifiesto en la Afirmación Central y su deseo de alcanzar un entendimiento empírico adecuado de cómo las cortes *realmente* deciden los casos– deja sin responder la pregunta *normativa* que más ha interesados a los juristas en los años recientes: ¿Cómo *deberían* las cortes decidir los casos? Los realistas no hablan unívocamente sobre este asunto, pero emergen dos temas dominantes. Algunos realistas (Holmes, Felix Cohen, Frank desde el estrado) pensaron que los jueces simplemente debería adoptar, abiertamente, un papel legislativo, reconociendo que, dado que el derecho es indeterminado, las cortes deben necesariamente hacer valoraciones sobre cuestiones de política social y económica. Estos realistas –llamémoslos los "proto-posnerianos", para marcar su anticipa-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ción de una visión familiar en nuestros días–[50] simplemente tendrían cortes para hacer esas valoraciones de forma abierta y cándida. En vez de embarcarse en la fachada del razonamiento jurídico, los jueces deberían abordar directamente las clases de consideraciones políticas y económicas que una legislatura sopesa.

Otra rama prominente del realismo, asociada especialmente con Llewellyn y Frank en sus escritos teóricos, abraza una clase de "quietismo normativo", de acuerdo con el cual no tiene objeto dar consejo normativo a los jueces, dado que la forma como los jueces deciden los casos (como es reportado en la Afirmación Central) es solo un hecho irremediable acerca de lo que ellos hacen: sería improductivo decirles a los jueces que *deberían* actuar de otra forma. La forma más fuerte de esta doctrina está clara en Frank, quién ve las decisiones basadas en corazonadas como un hecho bruto acerca de la psicología humana: "la psicología nos dice", él expresa, que "ningún ser humano en su proceso normal de pensamiento llega a decisiones por la ruta de ningún… razonamiento silogístico".[51] (Ninguna evidencia es citada). De forma similar, Frank dice al respecto de lo que el llama "la justicia del cadí" –esencialmente, justicia basada en la predilección personal– que "la verdadera pregunta… no es si deberíamos 'revertirla', sino si (a) alguna vez la hemos abandonado y (b) si alguna vez podremos superarla."[52] Defender una "reversión a la justicia del cadí" –como algunos críticos erróneamente acusan al realismo de hacer– "tiene tan poco sentido como [defender] una 'reversión a la mortalidad' o un 'regreso a la respiración.'"[53] Ello porque que "el elemento personal es inevitable en las decisiones judiciales".[54]

Desafortunadamente, Frank no tenía ninguna evidencia empírica para estos fuertes supuestos sobre las decisiones basadas en corazonadas y el papel del "elemento personal". De hecho, el Ala Sociológica del realismo, como hemos visto, criticó a Frank precisamente sobre la base de que tales supuestos no eran plausibles, dado la predictibilidad de gran parte de lo que las corten hacen.

Una versión más sutil de quietismo, sin embargo, está clara en el trabajo de Llewellyn. Aquí el realista no guarda silencio absoluto sobre las preguntas normativas, él simplemente da como consejo *explícito* que los

[50] Posner, Richard A., *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

[51] Frank, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 108, 109.

[52] Frank, "Are judges human?", Part I, *op. cit.*, p. 27.

[53] *Ibidem*, p. 25.

[54] *Ibidem*, p. 31.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

jueces *deben* hacer lo que ellos en gran parte hacen de todas formas. Así, por ejemplo, si los jueces, como hacen habitualmente, aplican las normas de la cultura comercial, entonces ello es precisamente lo que los realistas les dicen que deben hacer. Esto es, como hemos visto, exactamente la tesis que informó la aproximación de Llewellyn al Uniform Commercial Code.

Esta versión más débil de quietismo –decirle a los jueces que ellos *deben* hacer lo que ya en gran medida hacen– resuena con las visiones de al menos algunos de los realistas proto-posnerianos. Holmes, por ejemplo, se queja de que "los jueces mismos han fallado en reconocer adecuadamente su deber de sopesar [explícitamente] las consideraciones sobre beneficios sociales".[55] Pero del notar que lo que realmente ocurre en los fallos de los jueces de todas formas "una batalla oculta y medio consciente sobre la pregunta de la política legislativa",[56] se deriva que este "deber" es de hecho "inevitable, y el resultado de la aversión judicial común y aclamada para tratar con tales consideraciones es simplemente dejar inarticulada, y a menudo inconsciente, la base y fundamento mismo de las decisiones."[57] Así, lo que Holmes realmente defiende es una que los jueces hagan explícitamente (y, en consecuencia, quizá más exitosamente) lo que ellos inconscientemente hacen de todas formas.

En un notable caso de una división entre teoría y la práctica, Frank en el estrado era claramente más un proto-posneriano –al menos de la variedad holmesiana– que un creyente de la inevitabilidad de la justicia del cadí. Por ejemplo, en su opinión concurrente en *Ricketts v. Pennsylvania R. Co*.,[58] el Juez Frank, ahora sentado en la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, rechazó el análisis doctrinal de la mayoría que decidió el caso (el cual involucraba un empleado que sufrió un daño, quien, como resultado de una mala asesoría jurídica, había renunciado inconscientemente a su derecho a demandar a la ferroviaria):

> Pienso que deberíamos… rechazar mucha de las sutiles distinciones [invocadas por la mayoría] que fueron elaboradas por Williston [en su tratado sobre contratos] y expresadas en el *Restament of Contracts*…

[55] Holmes, Oliver Wendell, Jr. "The path of the law", *Harvard Law Review*, vol. 10, 1987, pp. 457–78.
[56] *Ibidem*, p. 466.
[57] *Ibidem*, p. 467.
[58] *Ricketts v. Pennsylvania R. Co*. 135 F.2nd 757 (1946).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> Como el señor Juez Holmes a menudo urgió, cuando un importante asunto de política pública surge, debe ser articulado cándidamente, no evasivamente. En otros contextos, las cortes han reconocido abiertamente que la desigualdad económica entre el empleador ordinario y el empleado individual ordinario usualmente significa la ausencia de "negociación libre". Pienso que las cortes deberían hacer eso en los casos relacionados con empleados renunciando a sus derechos…
> Tal decisión no produciría falta de certeza jurídica, sino que promovería la certeza –como cualquiera que lea el amplio número de casos en este campo, con sus numerosos e intrincados métodos para evitar la teoría objetiva [de los contratos]. Tal decisión simplemente haría directamente lo que muchas cortes han venido haciendo indirectamente. Es bastante claro que ellos han sentido, aunque no han dicho, que los empleadores no deberían, a través de tales liberaciones de responsabilidad, deshacerse de obligaciones con sus empleados lesionados, obligaciones con las cuales la sociedad en general tendría que tratar –sea [a través de impuestos o caridad].[59]

Nótese que las preguntas comunes contemporáneas sobre la legitimidad de jueces no elegidos democráticamente embarcándose en esta clase de "legislación desde el estrado" de políticas públicas no era una pregunta que preocupara los proto-posnerianos. En realidad, ellos considerarían esas preguntas como distractoras y sin sentido: "Legítimas o no", se podría imaginar al Juez Frank diciendo, "esto es lo que los jueces están en realidad haciendo –así que vamos a hacerlo abierta y directamente".

Por supuesto, algunos proto-posnerianos entre los realistas no tenían ningunas pretensiones quietistas. Cohen,[60] de forma más notable, recomendó que los jueces respondieran ellos mismos las preguntas de política socio-económica *en vez* de responder a las preguntas doctrinales tradicionales que ellos afirmaban estar respondiendo.

Debe tenerse en mente también que el "quietismo" de algunos realistas es un quietismo acerca de la guía normativa *para los jueces*. Es bastante claro, por supuesto, que un quietista como Llewellyn pensaba que estaba *bien* que los jueces estuvieran inclinados a aplicar las normas de la cultura comercial en las disputas comerciales. Esto, claro está, es una visión normativa acerca de los que como los jueces *deben* decidir casos; el quietismo emerge del hecho de que esos realistas no pensaron que había ningún objeto en una teoría normativa que les dijera a los jueces que ellos debían decidir de alguna forma diferente. Llewellyn, como los otros realistas, era un liberal del *New Deal*, no ofreció una explicación teórica explícita por estas preferencias normativas. Sin embargo, se ha argüido recientemente, que se pueden entender que las preferencias de Llewellyn por jueces que prestaran atención a las normas de la cultura comercial reflejaban una tipo de aprecia-

[59] *Ibidem*, pp. 760, 768, 769.
[60] Cohen, "Transcendental nonsense and the functional approach", *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ción naciente por las normas de eficiencia en la creación ante las reglas jurídicas.[61]

VII. El legado del Realismo Jurídico (1): La educación y academia jurídica en los Estados Unidos

Dentro del derecho y educación jurídica de los Estados Unidos, el impacto del Realismo Jurídico ha sido profundo. Al enfatizar la indeterminación del derecho y del razonamiento jurídico, y la importancia de las consideraciones no jurídicas en las decisiones judiciales, los realistas aclararon el camino para que los jueces y abogados hablaran abiertamente acerca de las consideraciones políticas y políticas que de hecho afectan muchas decisiones. Esto está manifiesto en las frecuentes discusiones –por parte de cortes, abogados y profesores de derecho– de las implicaciones "políticas" (*policy*) de decidir en un sentido en vez de otro. El libro de texto jurídico moderno es en gran parte también una invención de los realistas. La "ciencia" del derecho visionada por Christopher Langdell, decano de la Escuela de Derecho de Harvard a finales del siglo XIX; estaba basado exclusivamente en el estudio de los fallos judiciales: de estos, el académico (o estudiante) podía formular las reglas y principios de derecho que gobernaban las decisiones. Los realistas, quien en gran medida compartían la ambición de hacer "científico" el estudio del derecho, discrepaban profundamente con Langdell acerca de lo que ello implicaba. Dado que si los realistas estaban en lo correcto de que los fallos publicados de los jueces a lo mejor solo daban un indicio, o, peor, probablemente ocultaban los verdaderos fundamentos no jurídicos de la decisión, entonces el estudio de los casos posiblemente no podría equipar a un abogado para asesorar a sus clientes acerca de los que las cortes harán. Para enseñar realmente el derecho, los realistas pensaban, era necesario entender las dimensiones económicas, políticas y sociales de los problemas que las cortes confrontan, dado que todas esas consideraciones figuran en las decisiones de los jueces. Así, los materiales modernos de enseñanza jurídica están típicamente titulados "Casos y *Materiales* sobre el Derecho de…", donde los materiales eran tomados de las fuentes no jurídi-

[61] Schwartz, Alan, "Karl Llewellyn and the origins of contract theory" en J. Kraus and S. Walt (eds.), *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*. Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2000.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cas que iluminaban los varios aspectos no jurídicos relevantes para entender lo que las cortes han hecho.

El realismo también ha tenido un impacto relevante en la reforma del derecho, incluyendo el trabajo del American Law Institute. Esto podría parecer sorprendente, dado que los realistas fueron famosamente hostiles a el ALI en sus inicios. Leon Green declaró que "la empresa de reformular las reglas y principios desarrollados por las cortes inglesas y estadounidenses encontrará en el campo de la responsabilidad extracontractual una tarea fundamentalmente inútil."[62] Y, ningún estudiante del Realismo Jurídico o del American Law Institute puede olvidar la apasionada acusación que el psicológico de Yale Edward Robinson hizo en las páginas del *Yale Law Journal* en 1934:

> Y así el American Law Institute ha pensando que puede ayudar a los abogados de mente simple proporcionando una imagen artificial y arbitraria de los principios en los cuales las disputas humanas se supone deben ser solucionadas… [Pero] [t]tales cuerpos de doctrinas lógicamente consistentes como aquellos formulados por los expertos del American Law Institute obviamente no son consideradores como esfuerzos para entender la institución jurídica como es. Cuando uno considera esos "*restatement*" del *common law* y como han sido formulados, uno recuerda como los expertos teólogos se reunieron del Concilio de Nicea y decidieron votar la naturaleza de la trinidad. Existe una diferencia entre ambas ocasiones. Los padres de la iglesia tenían más poder que lo tiene el Law Institute para obligar a creer en sus conclusiones.[63]

Sin embargo, la preocupación real de estos realistas era la articulada por Oliphant, discutida anteriormente. Los críticos realistas de ALI temían que los *Restatement* simplemente codificarían "abstracciones excesivamente generales y obsoletas"[64] que las cortes podían recitar pero que no iluminarían sobre lo que ellas estaban haciendo. Sin embargo, en la práctica, los *Restatement* fueron elaborados precisamente en el espíritu de lo que Oliphant llamó un regreso a el *stare decisis*: es decir, como una forma de establecer las doctrinas jurídicas en formas que fueran más específicas a los hechos, y así más descriptivas de los fundamentos reales de decisión. (Recuérdese que el *Restatement, 2nd, of Contracts* de hecho incorpora algo muy cercano a la distinción de Oliphant entre las diferentes clases de pactos de no concurrencia).

El paradigma académico establecido por los realistas –contrastar lo que las cortes dicen que hacen con lo que ellas *en realidad* hacen– es uno que se

[62] Green, Leon, "The duty problem in negligence cases", *Columbia Law Review*, vol. 28, 1928, p. 1014.

[63] Robinson, Edward S., "Law – an unscientific discipline", *Yale Law Journal*, vol. 44, 1934, pp. 260, 261.

[64] Oliphant, "A return to stare decisis", *op. cit*, p. 75.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ha vuelto casi la norma que distingue la práctica de los académicos, sin siquiera sentir la necesidad de seguirse identificado como realista. Considérese la clásica refutación moderna de lo que las cortes llaman "la regla del daño irreparable."[65] La regla del daño irreparable establece que las cortes no emitirán órdenes preventivas cuando la indemnización monetaria sea suficiente para compensar a la víctima. Sin embargo, de acuerdo con el profesor Laycock:

> Las cortes en realidad previenen el daño cuando pueden. Los fallos judiciales recitan la regla constantemente, pero no la aplican. Cuando la corte rechaza la solicitud del demandante, existe alguna otra razón, y la razón nada tiene que ver con la regla del daño irreparable… Un sentido intuitivo de justicia ha conducido a los jueces a producir resultados adecuados, pero no ha existido una presión similar para producir explicaciones adecuadas.[66]

Como los realistas, Laycock encuentra una disyunción entre el "el derecho de los libros" y el "derecho en la acción", y, también como los realistas, él invoca como una explicación para esta disyunción el "sentido intuitivo de justicia" de quienes toman la decisión. Como Oliphant, Laycock busca, a su vez, reformular y restablecer las reglas que gobiernan las ordenes preventivas para reflejar el patrón *real* de decisión que las cortes toman siguiendo este sentido intuitivo de justicia.

VIII. El legado del Realismo Jurídico (2): La teoría jurídica

Aunque los realistas afectaron profundamente la educación y la abogacía en Estados Unidos, ellos han tenido una influencia menor en la teoría del derecho anglo-americana. La historia del realismo es compleja en este aspecto. Con la llegada de la Segunda Guerra Mundial, muchos académicos (especialmente en universidades católicas) criticaron a los realistas bajo el fundamento de que su ataque al "estado de derecho" simplemente apoyaba a los fascistas y otros enemigos de la democracia. Al mismo tiempo, académicos en Yale (notablemente Harold Lasswell y Myres McDougal) propendieron por versiones diluidas del realismo bajo el slogan de "ciencia política". Estos escritos enfatizaron la idea realista de utilizar las ciencias

[65] Laycock, Douglas, *The Death of the Irreparable Injury Rule*. New York, Oxford University Press, 1991.

[66] *Ibidem*, p. vii.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sociales en una forma que permitieran a los funcionarios jurídicos producir los resultados efectivos y deseados. Esta "ciencia política" fue felizmente abandonada, dado que tenía que vez mucho más con racionalizar el imperialismo estadounidense que con la ciencia.

En los años cincuenta, la educación jurídica estadounidense fue marcada por la escuela del "legal process", la cual en gran medida suprimió las lecciones del realismo. La escuela del Legal Process, asociada con el trabajo de Henry Hart y Albert Sacks en Harvard, identificó que la competencia institucional distintiva de los jueces era proporcionar "elaboraciones razonadas" de sus decisiones; esto podía hacerse bien o pobremente, y era la tarea de los académicos jurídicos monitorear el desempeño de los jueces en este aspecto, y así ayudar a asegurar que las decisiones judiciales proporcionen una guía confiable de los cursos futuros de decisión. Sin embargo, no proporcionaron una respuesta fundamentada al argumento realista de que el derecho y el razonamiento jurídico eran principalmente indeterminados. (Dentro de la teoría del derecho anglo-americana, el trabajo de Ronald Dworkin se puede comprender como una defensa filosófica de la concepción de adjudicación de la escuela del "Legal Process").

El golpe decisivo contra el realismo como movimiento jurisprudencial, sin embargo, fue propinado por el filósofo del derecho inglés H. L. A. Hart. En su trabajo seminal de 1961, *The Concept of Law*[67] (*El Concepto de Derecho*), Hart dedicó un capítulo a atacar a los "escépticos de las reglas", como él llamó a los realistas (aunque, desafortunadamente, él no distinguió cuidadosamente entre las versiones estadounidenses y europeas del realismo). Hart comienza por caracterizar el escepticismo ante las reglas como "la pretensión de que hablar ante las reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas."[68] En realidad, gran parte de la discusión se ocupa de atacar esta versión de escepticismo ante las reglas. Pero Hart identificó otra versión de escepticismo ante las reglas: "El escepticismo ante las reglas reclama seriamente nuestra atención, pero sólo como una teoría del papel de las reglas en la decisión judicial".[69] Este segundo tipo de escéptico ante las reglas afirma, en particular, "que es falso, si no absurdo, considerar que los propios jueces están sometidos a las reglas u 'obligados' a decidir casos

[67] Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994. [hay traducción al castellano de Genaro Carrió, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Prelot, 1963].

[68] Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 133 (*El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 170).

[69] *Idem.*, p. 135 (*Idem*, p. 172).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en la forma que lo hacen."[70] Llamemos a la primera doctrina "escepticismo conceptual ante las reglas", y a la segunda "escepticismo empírico ante las reglas".

El escepticismo conceptual ante las reglas conceptual profiere una explicación escéptica del concepto de derecho. La explicación es escéptica en la medida en que involucra negar lo que podemos llamar, para facilitar la referencia, "la visión simple" del derecho. Esta es la visión de que ciertos actos oficial previos (como las promulgaciones legislativas y las decisiones judiciales) constituyen "derecho", incluso si no lo agotan. (Para estar seguros, esta visión es simple, ¡pero no falsa!) Un escéptico conceptual ante las reglas ofrece una explicación del concepto de derecho que niega la visión simple: de acuerdo con este escéptico, las reglas previamente promulgadas por los poderes legislativos y articuladas por las cortes no son derecho. Ello se deriva de la propia explicación del escéptico del concepto de derecho, de acuerdo con la cual, "el derecho es sólo la predicción de lo que una corte hará", o "el derecho es sólo cualquier cosa que una corte dice en la ocasión presente". El POSITIVISMO, en contraste, es una explicación no escéptica, dado que la noción de una regla de reconocimiento del positivista jurídico –una regla constituida por una práctica entre los funcionarios de decidir cuestiones de validez jurídica por referencia a ciertos criterios– es totalmente compatible con la concepción capturada por la visión simple.

El escepticismo empírico ante las reglas, en contraste, hace una afirmación empírica acerca del papel causal de las reglas en la toma de decisiones judiciales. De acuerdo con este escéptico, las reglas no hacen mucha diferencia causal en como las cortes deciden los casos. En la versión de Hart de este tipo de escepticismo, se dice que el escéptico cree esto debido a que cree que las reglas son indeterminadas, un argumento al cual regresaremos más adelante.

La refutación de Hart del escepticismo conceptual ante las reglas es rápida y devastadora, como una versión modificada de uno de los contraejemplos de Hart ilustrará. Supóngase que un juez debe decidir la pregunta sobre si un franquiciador puede terminar a un franquiciado con menos de seis días de preaviso en Connecticut. El juez presumiblemente se preguntará lo siguiente: "¿Cuál es el derecho que gobierna la terminación de las franquicias en este estado?" Pero de acuerdo con el escéptico conceptual ante las reglas, preguntarse cuál es "derecho" en la terminación y preavisos es simplemente preguntarse "¿cómo decidirá el juez este caso?" Así que un

[70] *Idem* (*Idem*).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

juez que se pregunta tal cosa, desde la lectura escéptica, en realidad se está preguntando a sí mismo: "¿Qué pienso que haré?" Pero esto claramente *no* es lo que el juez se pregunta, y por tanto la explicación escéptica ha perdido algo importante acerca de nuestro concepto de derecho. Como Hart lo expresa: el "enunciado de que una regla [jurídica] es válida es un enunciado interno que reconoce que la regla satisface los requisitos para identificar lo que considerado como derecho en [este] tribunal, y no constituye una profecía de su decisión, sino una parte de la *razón* de la misma."[71].

Ahora bien, se puede decir uno de los realistas jurídicos estadounidenses era un escéptico conceptual ante las reglas: Felix Cohen (Algunos de los realistas escandinavos también eran escépticos conceptuales ante las reglas, pero ello era una consecuencia de sus compromisos en metafísica y semántica. véase, REALISMO JURÍDICO EUROPEO). Pero Cohen nunca fue citado por Hart; y el realismo de Hart es en gran parte una amalgamamiento de Frank, Holmes y Llewellyn. Es innegablemente cierto de estos escritores, como todos los realistas, hablan de la importancia de "predecir" lo que las cortes harán. La pregunta es si, al hablar así, en justicia ellos admiten una lectura en la cual estén presentando un análisis del concepto de derecho. Sólo la lectura extremadamente anacrónica de Hart sugiere una respuesta afirmativa. La idea de que la filosofía se ocupa del "análisis conceptual" a través del análisis del lenguaje es un artefacto de la filosofía analítica anglo-americana del siglo XX; y en realidad, como fue practicada por Hart, realmente refleja la influencia de tesis de moda en la filosofía del lenguaje de Oxford en los años cuarenta y cincuenta. Los realista no eran filósofos, mucho menos filósofos analíticos, y mucho menos estudiantes de G. E. Moore, Russell y Wittgenstein, mucho menos colegas de J. L. Austin. La idea de que lo requiere explicación sobre el derecho es el "concepto" de derecho como se manifiesta en el lenguaje ordinario les hubiera parecido absurda. Aunque los realistas tenían mucho que decir acerca de cómo la adjudicación y como las reglas jurídicas operaban en la práctica, ellos no tenían nada *explícito* que decir acerca del *concepto* de derecho.

Entonces, ¿cómo entender cuando hablaban acerca de "predecir" lo que las cortes harán? Frank advierte al lector desde el comienzo que él está "primariamente ocupado con el 'derecho' como afecta el trabajo de los abogados practicantes y las necesidades de los clientes que los contratan." [72] Holmes comienza "The Path of the Law" enfatizando que él está hablando sobre del significado del derecho de los abogados que "concurren antes los

[71] Hart, *The Concept of Law, op. cit.*, 102 (*El concepto de derecho, op. cit.*, p. 131).
[72] Frank, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 47 (nota).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

jueces o… que asesoran a las personas en formas tales que las mantengan por fuera de la corte".[73] Dentro de este contexto, afirmaciones célebres como la de Llewellyn –"lo que esos funcionarios hacen acerca de las disputas es, en mi concepto, el derecho mismo"[74]– tienen completo sentido. Esta no es una afirmación acerca del "concepto" de derecho, sino más bien una afirmación acerca de la forma en la que es *útil* pensar acerca del derecho para abogados que deben asesorar clientes acerca de lo que deben hacer. El cliente en la franquicia en Connecticut no quiere simplemente saber cuál es la regla vigente en este estado; él quiere saber qué pasará cuando el lleve al franquiciador a la corte. Así que desde la perspectiva práctica del franquiciado, lo que se quiere saber acerca del "derecho", de hecho, es lo que las cortes harán cuando se enfrenten con el reclamo del franquiciado. Esto es todo el derecho que le interesa al cliente, todo el derecho que importa al abogado asesorando al cliente. Y esto es todo, según entiendo, lo que los realistas querían enfatizar.

De hecho, existe una razón teórica más profunda por la cual los realistas no pudieron haber sido escépticos conceptuales ante las reglas. Los argumentos realistas sobre la indeterminación del derecho –como *todos* los argumentos acerca de la indeterminación jurídica[75]– de hecho presuponen una explicación no escéptica del concepto de derecho. De hecho, ¡ellos presuponen una explicación con distintas afinidades con aquella desarrollada por los POSITIVISTAS JURÍDICOS! La Afirmación Central de la indeterminación jurídica, recuérdese, es la afirmación de que la "clase de razones jurídicas" fracasa en su intento de justificar un resultado único en todos los casos. La "clase de razones jurídicas" es la clase de razones que pueden justificar adecuadamente una conclusión jurídica (y así "forzarla" en la medida en que los actores jurídicos responden a razones jurídicas válidas). Así, por ejemplo, apelar a la disposiciones estatutarias o a un precedente válido son parte de la clase de razones jurídicas, mientras que apelar a la autoridad de la *República* de Platón no: un juez no está obligado a decidir de una forma u otra porque Platón lo dijo. Cualquier argumento en favor de la indeterminación, entonces, presupone una visión acerca de los *límites* de la clase de razones jurídicas. Cuando Oliphant sostuvo, por ejemplo, que los pactos de no concurrencia eran decididos no con referencia al derecho, sino con referencia a las normas no codificadas prevalentes en la cultura comercial en la cual surgió la disputa, esto sólo muestra que el derecho es

[73] Holmes, "The path of the law", *op. cit.*, p. 457.
[74] Llewellyn, "A realistic jurisprudence – the next step", *op. cit.*, p. 3.
[75] Leiter, Brian, "Legal indeterminacy", *Legal Theory*, vol. 1, 1995, pp. 481–91.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

indeterminado bajo el supuesto de que las razones normativas sobre las cuales las cortes se basan en realidad no son por sí mismas razones *jurídicas*. Igualmente, cuando Holmes apunta que las decisiones judiciales no dependen del razonamiento jurídico sino de "una batalla oculta y medio consciente sobre la pregunta [subyacente] de la política legislativa",[76] él está claramente presuponiendo que esas preocupaciones políticas no son por sí mismas razones *jurídicas*. El famoso argumento realista en favor de la interminación el cual se enfoca en las formas incompatibles, pero igualmente legítimas, que los abogados tienen para interpretar las leyes y los precedentes sólo muestra que el derecho es indeterminado bajo el supuesto de que los estatutos y precedentes agotan en gran medida las fuentes autoritativas del derecho o que entran en conflicto con cualquiera otra norma autoritativa no derivada de esas fuentes. Los supuestos anteriores son los que parecen motivar la posición realista. Así, Llewellyn dijo que los jueces toman a las reglas "principalmente de fuentes autoritativas (las cuales en el caso del derecho son mayormente estatutos y decisiones de las cortes)".[77]

¿Qué concepción de derecho se presupone en estos argumentos en favor de una indeterminación del derecho? ¿Un concepto en el cual los estatutos y lo precedentes son partes del derecho, pero las normas no codificadas y los argumentos de políticas públicas no? Ciertamente no es la visión de Ronald Dworkin, mucho menos ninguna versión IUSNATURALISTA más robusta. En vez de ello, los realistas están presuponiendo algo como la idea positivista de la regla de reconocimiento (véase, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO) según la cual los criterios de validez son exclusivamente de pedigrí: una regla (o canon interpretativo) es parte del derecho en virtud de tener una fuente en una promulgación legislativa o en una decisión judicial previa. Los realistas, en resumen, no pueden ser escépticos conceptuales sobre las reglas, porque sus argumentos en favor de la indeterminación presuponen una explicación no escéptica de los criterios de VALIDEZ, una que tiene las afinidades más obvias con el argumento desarrollado por algunos positivistas.

Esto nos deja con el ataque que Hart hace a los escepticismos empíricos ante las reglas. La versión de Hart de esta doctrina[78] tiene dos afirmaciones: (1) las reglas son indeterminadas, y, como resultado, (2) las reglas no determinan o restringen las decisiones de las cortes. Nótese que la forma de Hart de enmarcar el argumento escéptico la hace dependiente de una afirmación filosófica sobre el derecho, es decir, que es indeterminado. Pero

[76] Holmes, "The path of the law", *op. cit.*, p. 467.
[77] Llewellyn, "A realistic jurisprudence – the next step", *op. cit.*, p. 13.
[78] Hart, *The Concept of Law, op. cit.*, p. 135 (*El concepto de derecho, op. cit.*, p. 172).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

(2) puede ser cierta incluso si (1) fuera falsa (eso es lo que el escepticismo ante las reglas *puro* podría decir). Sin embargo, Hart está seguramente en lo cierto cuando afirma que la mayor parte de los realistas (Moore puede ser la principal excepción) sostienen por igual (1) y (2). Pero él está equivocado acerca del argumento realista en favor de (1), y así subestima la cantidad de indeterminación en derecho.

El movimiento estratégico central de Hart es conceder al escéptico, desde el comienzo, que las reglas jurídicas son indeterminadas, pero argüir que la indeterminación es un fenómeno marginal, uno que es insuficiente para asegurar un escepticismo de amplio alcance. El escéptico es presentado, por tanto, como si tuviera expectativas ampliamente irrealistas sobre la determinación de las reglas, como si fuera un "absolutista desilusionado."[79] La estrategia depende, sin embargo, de la explicación de Hart de la fuente de la indeterminación, una explicación que es, de hecho, bastante diferente del argumento dado por los realistas.

De acuerdo con Hart, las reglas jurídicas son indeterminadas porque "existe un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar."[80] El lenguaje es, en la famosa frase de Hart, de "textura abierta", en el sentido de que tienen unos ejemplos "centrales" –aspectos de la palabra que claramente caen dentro de la extensión del significado de la palabra– pero también tienen "penumbras", casos donde no es claro si la extensión incluye aspectos del mundo en cuestión. (Un sedán Mercedes-Benz es claramente un vehículo, pero, ¿lo es un *scooter* de motor?) En casos en los cuales los hechos caen dentro de la penumbra de la palabra clave en la regla jurídica aplicable, una corte "debe actuar en forma discrecional, [dado] que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean las preguntas que surgen… como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto".[81]

Los realistas, sin embargo, localizaron la indeterminación no en las características general del lenguaje mismo, sino –como vimos anteriormente— en la existencia de *cánones de interpretación* incompatibles, pero igualmente legítimos, que las cortes podrían emplear para extraer reglas diferentes del mismo texto legal o del mismo precedente. La indeterminación, en resumen, para los realistas no reside en las reglas mismas, sino en las formas en las que tenemos que caracterizar lo que las reglas de los estatutos y

[79] Hart, *The Concept of Law, op. cit.*, p. 135 (*El concepto de derecho, op. cit.*, p. 173).
[80] *Idem*, p. 123 (*Idem*, p.157).
[81] *Idem*, p. 128 (*Idem*, p. 164).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

precedentes contienen. Así, incluso si estamos de acuerdo con Hart de que la textura abierta del lenguaje afecta sólo las reglas "en los márgenes", los realistas nos dan un ahora una razón *adicional* (más allá de la proporcionada por Hart) para esperar la indeterminación en derecho. Si los realistas estaban en lo cierto, entonces no sólo las reglas jurídicas sufren de la textura abierta que Hart describe, sino los estatutos y precedentes frecuentemente admitirán "manipulación" –manipulación jurídica adecuada, por supuesto—y así serán indeterminados en este segundo aspecto también. La *combinación* de fuentes de indeterminación (la textura abierta del lenguaje y los cánones de interpretación incompatibles) parece suficiente para mover la indeterminación de los márgenes al centro de los casos litigados en la realidad.

Hart, por supuesto, no desconsidera totalmente los argumentos realistas, aunque los trata de forma extremadamente somera. En respuesta al punto de Llewellyn, por ejemplo, de que una corte puede interpretar un precedente de forma "amplia" o "estricta" y así extraer dos reglas diferentes de la misma decisión previa, Hart simplemente dice esto: "en la vasta mayoría de los casos decididos hay muy pocas dudas. El sumario, por lo común, es suficientemente correcto".[82] Pero todos los abogados practicantes en su primer año se dan cuenta que esta aproximación al precedente sería una receta para el desastre. Extraer las "posiciones de la corte" sin dar consideración a los hechos del caso –lo cual es todo lo que el sumario típicamente proporciona— es abogacía mediocre. Un abogado hábil sabe exactamente lo que Llewellyn describe: que la "regla" de un caso anterior puede ser declarada con varios niveles de especificidad, y son así hechas para cumplir trabajos retóricos diferentes dependiendo de las necesidades del caso en cuestión.

Ahora bien, existe un punto genuino de disputa entre Hart y los realistas. Mientras ambos reconocen la indeterminación en el derecho, y mientras ambos reconocen por tanto que las reglas no determinan la decisión en algún rango de casos, ellos claramente discrepan sobre el *rango* de casos sobre las cuales estas afirmaciones son ciertas. En resumen, su desacuerdo es sobre *el grado*, pero no obstante es un desacuerdo real. Mientras que Hart ubicaría la indeterminación, y así la irrelevancia causal, de las reglas "en el margen", el escepticismo realista cubre el "núcleo" del litigio en apelación.

Así que, al final, ¿cómo responde Hart a la afirmación realista de que, al menos en casos de decisiones de apelación, las reglas juegan un papel cau-

[82] Hart, *The Concept of Law, op. cit.*, p.131 (*El concepto de derecho, op. cit.*, p. 167).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sal relativamente menor en que las cortes decidan en la forma en que lo hacen? Este es, según entiendo, el centro de la respuesta de Hart:

> [E]s evidente, sin duda, que la mayoría de ellas… son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificada por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso ocurrente es generalmente reconocida.[83]

De forma notable, el argumento consiste sólo en cuatro palabras: "es evidente, sin duda". Pero eso no es un argumento en absoluto. Hart simplemente niega lo que lo realistas afirman, pero no nos da más razones para su negatoria que su confianza "de sillón" en la corrección de su propia tesis. Por supuesto, Hart *puede* estar en lo cierto, pero dado el devastador impacto que el capítulo de Hart tuvo en el realismo entre los filósofos jurídicos, es seguramente más que irónico que en el punto crucial de disputa con el realismo –en qué medida las reglas importan en la adjudicación de apelación– Hart nunca ofreció ningún argumento.

Meritorio o no, la crítica de Hart tuvo el efecto que los filósofos profesionales apartaran su atención del realismo. En los años setenta, y continuando en los años ochenta, no filósofos asociados con el movimiento de ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS (Critical Legal Studies, CLS) trajeron a los realistas de regreso a prominencia dentro del pensamiento jurídico estadounidense. El CLS, sin embargo, inventó su propia versión de Realismo Jurídico, una que caía mejor con sus ambiciones teóricas distintivas. Por ejemplo, en vez de abrazar la afirmación realista de que el derecho es indeterminado, los escritores del CLS fueron más allá del realismo en dos aspectos importantes. Primero, al contrario de los realistas, muchos escritores del CLS afirmaron que el derecho era "globalmente" indeterminado, es decir, indeterminado en todos los casos (no sólo en aquellos que alcanzaban la etapa de revisión en apelación). Segundo, al contrario de los realistas, los escritores del CLS fundamentaron la afirmación de que la indeterminación jurídica no es la indeterminación de los métodos para interpretar las fuentes jurídicos, sino la indeterminación de todo el lenguaje mismo. Aquí tomaron su inspiración –aunque muy general (y a menudo de forma errónea)— del trabajo del Wittgenstein tardío y de la deconstrucción en teoría literaria.

[83] *Idem*, p. 137 (*Idem*, p. 175).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Los escritores del CLS le dieron gran importancia a un argumento contra la distinción "público-privada", debido al economista de Columbia Robert Hale y al filósofo Morris Cohen (Ambos fueron figuras marginales en el realismo, y, en realidad, ¡Cohen fue primariamente un crítico del realismo!) El argumento es básicamente el siguiente: debido a que las decisiones gubernamentales crean y estructuran la denominada estructura privada (*i.e.,* al crear y hacer cumplir un régimen de propiedad y derechos contractuales), no debería existir ninguna presunción de "no intervención" en esta esfera "privada" (*i.e.,* el mercado) porque esta es, en esencia, una creatura pública. No existe, en resumen, ninguna línea base natural contra la cual el gobierno no pueda vulnerar sin volverse "intervencionista" y no-neutral, porque la línea base misma es un artefacto de la regulación del gobierno. Este argumento se ha vuelto popular entre académicos jurídicos recientemente —incluyendo escritores por fuera del CLS, como Sunstein— [84] a pesar de que incluye un evidente *non-sequitur.* Simplemente no se deriva del hecho de que es normativamente permisible para el gobierno regular la esfera "privada" del mero hecho de que el gobierno creó la esfera "privada" a través del establecimiento de una estructura de derechos; la pregunta real es si la justificación *normativa* para demarcar un límite en la toma de decisión inmune de la regulación gubernamental es un límite adecuado. Sin embargo, este argumento errado se volvió una pieza central de la versión del realismo del CLS.[85]

IX. Bibliografía

1. *Bibliografía citada*

Cohen, Felix, "Transcendental nonsense and the functional approach", *Columbia Law Review,* vol. 35, 1935.

Cross, Frank B., "Political science and the new legal realism: A case of unfortunate interdisciplinary ignorance." *Northwestern University Law Review*, vol. 92, 1997.

Fisher, W. W., Horwitz, M. J., y Reed, T. A. (eds.). *American Legal Realism*. New York, Oxford University Press, 1993.

[84] Sunstein, Cass, "Lochner's legacy", *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987, pp. 873–919.

[85] Una versión bien representada por los materiales introductorios y selecciones en Fisher, W. W., Horwitz, M. J., y Reed, T. A. (eds.), *American Legal Realism*. New York, Oxford University Press, 1993.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*. New York, Brentano's, 1930.

_____, "Are judges human?" Parts I & II, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 80, 1931.

GREEN, Leon, "The duty problem in negligence cases", *Columbia Law Review*, vol. 28, 1928.

_____, *The Judicial Process in Torts Cases*. St. Paul, MN,West Publishing, 1931.

Hart, H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford, Clarendon Press, 1994. Hay traducción al castellano de Genaro Carrió, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Prelot, 1963.

HOLMES, Oliver Wendell, Jr. "The path of the law", *Harvard Law Review*, vol. 10, 1987.

HUTCHESON, Joseph, "The judgment intuitive: The function of the "hunch" in judicial decisión", *Cornell Law Quarterly*, vol. 14, 1929.

KIM, Jaegwon, "What is 'naturalized epistemology''?" *Philosophical Perspectives*, vol. 2, 1988.

KORNBLITH, Hilary, "Introduction: What is naturalistic epistemology?" en H. Kornblith (ed.), *Naturalizing Epistemology*, 2nd edn. Cambridge, MA: MIT Press, 1994.

LAYCOCK, Douglas, *The Death of the Irreparable Injury Rule*. New York, Oxford University Press, 1991.

LEITER, Brian, "Legal indeterminacy", *Legal Theory*, vol. 1, 1995.

_____, "Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence", en Leiter, Brian, *Naturalizing jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (capítulo 1). Hay traducción en español de Giovanni Battista Ratti en "Repensando el Realismo Jurídico: hacia una teoría del derecho naturalizada", en *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

_____, "Naturalism and naturalized jurisprudence", en Bix, B. (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, capítulo 4.

_____, "Objectivity, morality, and adjudication", en Leiter, Brian, *Naturalizing jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (capítulo 8). Hay traducción en español de Giovanni Battista Ratti en "Objetividad, moralidad y adjudicación", en *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

_____, "Naturalism in legal philosophy", en E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2002, http://plato.stanford.edu/archives/fall2002/entries/lawphil-naturalism/.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

LLEWELLYN, Karl, *The Bramble Bush*. New York, Oceana, 1930.

_____, "A realistic jurisprudence – the next step", *Columbia Law Review*, vol. 30, 1930.

_____, "Some realism about realism –responding to Dean Pound", *Harvard Law Review,* vol. 44, 1931.

_____, "Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed", *Vanderbilt Law Review*, vol. 3, 1950.

_____,*The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston, Little, Brown & Co, 1960.

MOORE, Underhill y CALLAHAN, Charles, "Law and learning theory: A study in legal control", *Yale Law Journal*, vol. 53, 1943.

MOORE, Underhill y HOPE, Theodore, "An institutional approach to the law of commercial banking", *Yale Law Journal*, vol. 38, 1929.

MOORE, Underhill y SUSSMAN, Gilbert, "Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts – VI. The decisions, the institutions, and the degree of deviation" *Yale Law Journal*, vol. 40, 1931.

OLIPHANT, Herman, "A return to stare decisis", *American Bar Association Journal*, vol. 14, 1928 (también publicado en in W. W. Fisher *et. al.* (eds) *American Legal Realism*. New York, Oxford University Press, 1993).

POSNER, Richard A., *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999.

QUINE, W. V. O., "Epistemology naturalized", en W.V. O. Quine, *Ontological Relativity and Other Essays.* New York: Columbia University Press, pp. 1969.

RADIN, Max. "The theory of judicial decision: Or how judges think," *American Bar Association Journal*, vol. 11, 1925.

———, "In defense of an unsystematic science of law", *Yale Law Journal*, vol. 51, 1942.

ROBINSON, Edward S., "Law – an unscientific discipline", *Yale Law Journal*, vol. 44, 1934.

SCHWARTZ, Alan, "Karl Llewellyn and the origins of contract theory" en: J. Kraus and S. Walt (eds.), *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law.* Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2000.

SUNSTEIN, Cass, "Lochner's legacy", *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

WHITE, James J., "The influence of American Legal Realism on Article 2 of the Uniform Commercial Code", en Krawietz, Werner; MacCormick, D. Neil, y, von Wright, G.H. (eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems.* Berlin, Duncker and Humbolt, 1993.

2. *Bibliografía adicional recomendad*

LEITER, Brian, "Legal realism and legal positivism reconsidered" en Leiter, Brian, *Naturalizing jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (capítulo 2). Hay traducción en español de Giovanni Battista Ratti en "Una nueva consideración del Realismo Jurídico y el positivismo jurídico", en *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

SCHLEGEL, John Henry, *American Legal Realism and Empirical Social Science.* Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995.

TWINING, William, Karl Llewellyn and the Realist Movement. Norman, University of Oklahoma Press, 1973.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 8

EL DERECHO COMO INTERPRETACIÓN. LA TEORÍA DWORKINIANA DEL DERECHO

Pablo Bonorino Ramírez*

Sumario: I. *El Hombre.* II. *La Obra.* III. *Las Influencias.* IV. *Bibliografía.*

Dworkin es una de las figuras más importantes de la filosofía jurídica anglosajona de la segunda mitad del siglo XX, pero también una de las que ha generado mayores polémicas. Gran parte de ellas se deben posiblemente a su estilo de filosofar. Sus tesis parecen estar en un permanente cambio, lo que ha conducido a que su posición filosófica resultara difícil de clasificar utilizando los criterios tradicionales con los que los juristas solían distinguir las teorías positivistas de las teorías del derecho natural. Sin embargo, estas características no han impedido que, aún aquellos que se han mostrado en total desacuerdo con sus tesis, reconocieran su importancia casi desde el inicio de su producción académica. Es más, hay quienes han considerado que son precisamente esas características las que hacen a Dworkin un pensador interesante.

En este capítulo ofreceré una visión panorámica de la filosofía de Ronald Dworkin. Para ello me valdré de un enfoque diacrónico y haré hincapié en sus aspectos más polémicos. Luego de exponer sucintamente los datos biográficos de Dworkin (sección I), presentaré de forma cronológica sus trabajos más representativos, mencionando especialmente su polémica con Hart y el desarrollo de su concepción igualitaria del liberalismo (sección II). Finalmente, haré una breve alusión a aquellos pensadores que más han influido en su pensamiento, y a la influencia que el propio Dworkin ha ejercido sobre la filosofía del derecho anglosajona (sección III). De esta manera el lector interesado podrá encontrar en estas páginas una herramienta útil para adentrarse en el estudio en profundidad de su obra. El

* Profesor de la Universidad de Vigo (España). Este trabajo fue realizado en el marco del proyecto MICIIN DER2010-19897-C02.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 279-323.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

apartado bibliográfico presentará por separado las obras de Dworkin citadas en el texto y se complementará con una breve bibliografía comentada.

I. El hombre

Ronald Myles Dworkin nació el 11 de diciembre de 1931, en la ciudad de Worcester, ubicada en el estado de Massachusetts (EEUU). Después de obtener el grado de *Bachelor of Arts* (BA) en Harvard College (1953) y Oxford University (1955), estudió derecho en Harvard Law School. Tras graduarse, trabajó como asistente del famoso juez Learned Hand entre 1957 y 1958. Ejerció la abogacía como miembro de la firma Sullivan y Cromwell de la ciudad de Nueva York desde 1958 hasta 1962. En ese año comenzó su carrera académica como profesor de Derecho en la famosa Yale Law School, que lo llevaría a obtener la cátedra (*Chair of Jurisprudence*) Wesley N. Hohfeld en 1968.

En 1969 le fue concedida la prestigiosa cátedra de teoría jurídica en Oxford, la misma que ocupara H. L. A. Hart desde 1952. En 1975 fue nombrado profesor en la Escuela de Derecho y en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Nueva York. Desarolló labores docentes durante diferentes lapsos de tiempo en las universidades de Harvard, Cornell y Princeton. Desde 1984 fue profesor visitante en la Universidad de Londres. Asimismo, fue miembro de la Academia Británica y de la Academia Americana de Artes y Ciencias. Murió en Londres el 14 de febrero de 2013.

En el inicio, su producción principal se canalizó en artículos publicados en diferentes revistas, posteriormente agrupados en dos compilaciones *Taking Rights Seriously*[1] [*Tomarse los derechos en serio*, en adelante *TRS*] y *A Matter of Principle* [*Una Cuestión de Principios*, en adelante *AMP*].[2] La primera etapa de su pensamiento está marcada por una profunda crítica al positivismo jurídico representado por H. L. A. Hart, y por su oposición al utilitarismo como teoría política, principalmente a través del desarrollo de una teoría de los DERECHOS individuales como derechos pre-jurídicos. En una segun-

[1] Dworkin, Ronald M., *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2da edición con apéndice 1978), existe traducción al castellano de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

[2] Dworkin, Ronald M., *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985. Existe traducción al castellano de Victoria Boschiroli, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

da etapa, a partir de la segunda mitad de la década de los setenta, comenzó a dar forma a una teoría alternativa del derecho.[3] A la que dotó de fundamentos, claramente diferenciables de los de sus oponentes, recién en la tercera fase de su pensamiento, marcada por la defensa de una concepción interpretativa de la teoría jurídica, y expuesta de forma sistemática en *Law's Empire*[4] [*El Imperio del Derecho,* en adelante *LE*]. Su última y ambiciosa obra, en la que pretende construir una concepción unificada del dominio normativo de conocimiento acaba de ser publicada con el título *Justice for Hedgehogs*[5] [*Justicia para erizos*].

Dworkin se ha preocupado siempre por aplicar sus ideas teóricas sobre el DERECHO Y LA MORALIDAD política a diferentes problemas generados por la práctica constitucional norteamericana. Las cuestiones relacionadas con la pornografía y la libertad de expresión, por ejemplo, lo han preocupado desde la primera mitad de los sesenta. En uno de sus primeros artículos[6] discutió dos de los argumentos con los que Lord Devlin intentó justificar el castigo penal a la homosexualidad en Inglaterra en 1959. La persecución de la homosexualidad, esta vez en los Estados Unidos, volvió a preocuparlo a raíz del caso *Dronenburg* y de su polémica con Bork.[7] Mientras que su posición frente a la pornografía volvió a ser analizada en uno de los mejores artículos, de los dedicados a cuestiones de moralidad pública, que integran *AMP*. Me refiero a "Do We Have a Right to Pornography? ".[8] Esto, a su vez, dio lugar a una interesante disputa con la eminente feminista

[3] Dworkin, Ronald M., "Hard Cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975 pp. 1057-1109, reimpreso en *Taking Rights Seriously*, *op. cit.,* pp. 81-130.

[4]Dworkin, Ronald M., *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986, existe traducción al castellano de Claudia Ferrari, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988. Esta distinción tripartita puede verse también en Raz, Joseph, "Dworkin: A New Link in the Chain", *California Law Review*, vol. 74, 1986, pp. 1103-1119, pp. 1104-18; Stick, John, "Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretative Turn in *Law's Empire*", *UCLA Law Review*, vol. 34, 1985, pp. 371-429, p. 375, y Allan, James, *A Sceptical Theory of Morality and Law*, New York, Peter Lang, 1998, p. 257.

[5] Dworkin, Ronald M., *Justice for Hedgehogs*. Cambridge-London, The Belknap Press, 2011.

[6] Dworkin, Ronald M., "Lord Devlin and the Enforcement of Morals", *Yale Law Journal*, vol. 75, 1966, pp. 986-1005, reimpreso como "Liberty and Moralism", *Taking Rights Seriously*, *op. cit.,* pp. 240-258.

[7] Dworkin, Ronald M., "Law's Ambitions for Itself. The 1984 McCorkle Lecture", *Virginia Law Review*, vol. 71, núm. 2, 1985, pp. 173-187, pp. 179-187.

[8] Dworkin, Ronald M., "Do We Have a Right to Pornography?", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1981, pp. 177-212, reimpreso en *A Matter of Principle*, *op. cit.,* pp. 335-372; y como "Rights as Trumps" en Waldron, J., (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 153-167.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Catharine MacKinnon.[9] Otros problemas sobre los que Dworkin ha asumido una clara posición liberal son el de la desobediencia civil,[10] el de la discriminación inversa,[11] el de las subvenciones estatales a la labor artística,[12] y el alcance a dar a la libertad académica.[13] Pero la causa que más le preocupó, sin lugar a dudas, fue la defensa de la regulación constitucional norteamericana respecto del aborto, establecida en la década del setenta en el famoso fallo *Roe v. Wade.*[14] En *Life's Dominion*[15] [*El dominio de la vida*, en

[9] Dworkin, Ronald M., "One Year Later, the Debate Goes On", *The New York Review of Books*, october 25, 1992, reimpreso como "Anita Hill and Clarence Thomas", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003, pp. 321-331; "MacKinnon's Words. Addendum", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, *op. cit.,* pp. 239-243, rdición original como carta al editor, *The New York Review of Books*, march 3; y, "The Unbearable Cost of Liberty", *Index on Censorship*, vol. 24, núm. 3, may-june, 1995, pp. 43, reimpreso como "Pornography and Hate. Addendum", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, *op. cit.,* pp. 223-226.

[10] Dworkin, Ronald M., "On Not Prosecuting Civil Disobedience", *New York Review of Books*, 10, 11, 1968, pp. 14, reimpreso como "Civil Disobedience", *Taking Rights Seriously*, *op. cit.,* pp. 206-222; y, "Civil Disobedience and Nuclear Protest", *A Matter of Principle*, *op. cit.,* pp. 104-116.

[11] Dworkin, Ronald M., "The Defunis Case: The Right to Go to Law School", *New York Review of Books*, 23, 1, 1976, pp. 29, reimpreso como "Reverse Discrimination", *Taking Rights Seriously*, *op. cit.,* pp. 223-239; "The DeFunis Case: An Exchange", *New York Review of Books*, 23, 12, 1976, pp. 45; "Why Bakke Has No Case", *New York Review of Books*, 24, 18, 1977, pp. 11, reimpreso como "Bakke's Case: Are Quotas Unfair?", *A Matter of Principle*, *op. cit.,* pp. 293-303; "The Bakke Decision: Did It Decide Anything?", *New York Review of Books*, 24, 13, 1978, pp. 20, reimpreso como "What Did *Bakke* Really Decide?", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, *op. cit.,* pp. 304-315; y, "The Bakke Case: An Exchange", *New York Review of Books*, 24, 21-22, 1978, pp. 42.

[12] Dworkin, Ronald M., "Can a Liberal State Support Art?", *A Matter of Principle*, *op. cit.,* pp. 221-233; y, "Art as a Public Good", *Art and the Law*, vol. 9, 1985, p. 143.

[13] Dworkin, Ronald M., "Academic Freedom", (borrador inédito, Reading for the Program for the Study of Law, Philosophy & Social Theory, New York University, School of Law, 22 de septiembre de 1994, 25 pp.); y "Why Academic Freedom?", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, *op. cit.*, pp. 244-260, reimpreso como "We Need a New Interpretation of Academic Freedom", en Menand, Lois, (ed.), *Academic Freedom and Its Future*, Chicago, Chicago University Press, 1996.

[14] Dworkin, Ronald M., "The Great Abortion Case", *The New York Review of Books*, 36, 11, june 29, 1989, pp. 49, reimpreso como "*Roe* in Danger", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, *op. cit.*, pp. 44-59; y, como "Taking Rights Seriously in the Abortion Case", *Ratio Iuris*, vol. 3, núm. 1, (1990), pp. 68-80; "The Future of Abortion", *The New York Review of Books*, 36, 14, september 28, 1989, pp. 47, reimpreso como "Verdict Postponed", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, *op. cit.*, pp. 60-71; "Unenumerated Rights: Whether and How *Roe v. Wade* Should be Overruled", *University of Chicago Law Review*, vol. 59. 1992, reimpreso como "What the Constitution Says", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, *op. cit.*, pp. 72-116; "The Center Holds!",

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

adelante *LD*], agrupó sus escritos relativos a la controvertida cuestión del aborto, insertándolos en un marco más amplio, lo que le permitió afrontar otras cuestiones relacionadas con el valor de la vida, como la eutanasia. Gran parte de sus artículos posteriores a 1986 se encuentran recogidos en la compilación titulada *Freedom's Law*[16] [*El Derecho de la Libertad*] entre los que resaltan aquellos en los que defiende su teoría de la interpretación en el ámbito constitucional.[17]

En el campo de la filosofía política, Dworkin ha propuesto una concepción igualitaria del liberalismo, que ha desarrollado en varios trabajos, entre los que cabe destacar la serie de cuatro artículos dedicados a la noción de igualdad[18] y las conferencias Tanner dictadas en 1990.[19] Todos ellos recopilados en *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*.[20] Su pretensión es construir una fundamentación del liberalismo mediante una estrate-

The New York Review of Books, august 13, 1992, pp. 29, reimpreso como "*Roe* Was Saved", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, *op. cit.*, pp. 117-129.

[15] Dworkin, Ronald M., *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1993, existe traducción al castellano de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, *El dominio de la vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994.

[16] Dworkin, Ronald M., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.

[17] Sobre esta cuestión, ver también: Dworkin, Ronald M., "The Moral Reading and the Majoritarian Default", (borrador inédito, Reading for the Program for the Study of Law, Philosophy & Social Theory, New York University, School of Law, 23 de noviembre de 1994, 32 pp.) y "Comment" (a A. Scalia "Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws"), en Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997, pp. 115-127.

[18] Dworkin, Ronald M., "What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, núm. 3, 185-246, reimpreso en *Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, cap. 1, pp. 11-64; "What Is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, núm. 4, 1981, pp. 283-345, reimpreso en *Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality*, *op. cit.*, cap. 2, pp. 65-119; "What Is Equality? Part 3: The Place of Liberty", *Iowa Law Review*, vol. 73, 1987, pp. 1-54, reimpreso en *Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, cap. 3, pp. 120-183; y "What Is Equality? Part 4: Political Equality", *University of San Francisco Law Review*, vol. 22, núm. 1, 1987, pp. 1-30, reimpreso en *Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, cap. 4, pp. 184-210.

[19] Dworkin, Ronald M., *Foundations of Liberal Equality. The Tanner Lectures on Human Values XI*, Salt Lake City, Utah, Utah University Press. Existe traducción al castellano, *Etica privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós-ICE/UAB, 1993. Traducción de Antoni Domenech. Versión abreviada y resumida con el título "Equality and the Good Life" en *Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, cap. 6, pp. 237-284.

[20] Dworkin, Ronald M., *Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

gia que no requiera aislar la política de la concepción de la buena vida, tal como ocurre en la obra de otros pensadores liberales contemporáneos como Rawls[21] o Ackerman.[22]

Dworkin ha sido caracterizado como un pensador socrático y multitemático,[23] porque a lo largo de su carrera ha protagonizado una gran cantidad de debates sobre las más diversas cuestiones. Son de destacar: (1) el que mantuvo con los principales representantes del llamado "ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO";[24] (2) el intercambio con Michael Walzer en torno a la forma en que debe ser elaborada una teoría de la justicia;[25] (3) los debates en torno a las nominaciones de jueces para ocupar cargos en la Corte Suprema de los Estados Unidos;[26] y (4) la disputa que a mediados de

[21] Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971.

[22] Ackerman, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1990, existe traducción al español. *La Justicia Social en el Estado Liberal*, Madrid, CEC, 1993,. Traducción e Introducción de Carlos Rosenkrantz; y, "Liberalismos políticos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 17-18, 1995, pp. 25-51

[23] Scanlon, Thomas, "Partisan for Life", *New York Review of Books*, s.d., 1993.

[24] Dworkin, Ronald, "Is Wealth a Value?", *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980, March, pp. 191-226, reimpreso en "Is Wealth a Value?", *A Matter of Principle*, *op. cit.* pp. 237-266; "Why Efficiency?", *Hofstra Law Review*, vol. 8, pp. 563-590, reimpreso en *A Matter of Principle*, *op. cit.*, pp. 267-289; *LE*, cap. 8; Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents*, New Haven, Yale University Press, 1970, y, "About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin", *Hofstra Law Review*, vol. 8, 1980, pp. 553; Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, 2da ed., Boston, Little Brown, 1977; "The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman", *Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980. pp. 191, y, "Dworkin's Critique of Wealth Maximization", en *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981, pp. 107-115.

[25] En un breve artículo publicado en *The New York Review of Books* ("To Each His Own", *New York Review of Books*, 30, 6, 1983, pp. 4, reimpreso como "What Justice Isn't", *A Matter of Principle*, *op. cit.*, pp. 214-220), Dworkin plantea una dura crítica a la propuesta de una teoría basada en la idea de "igualdad compleja" defendida por Michael Walzer en su libro *Esferas de la Justicia* (*Spheres of Justice*, New York, Basic Books, 1983, existe traducción al castellano en Fondo de Cultura Económica de México). La respuesta de Walzer ("Spheres of Justice: An Exchange", *New York Review of Books*, 30, 1983, 12, pp. 46.) no se hizo esperar, y tampoco la réplica de Dworkin ("What Liberalism Isn't", *New York Review of Books*, 29, 21-22, 1983, pp. 47).

[26] Dworkin, Ronald M., "Reagan's Justice", *New York Review of Books*, 31, 17, 1984, pp. 27; "Reagan's Justice: An Exchange", *New York Review of Books*, 31, 2, 1985, pp. 38; "The Bork Nomination", *The New York Review of Books*, 34, 13, august 13, 1987, pp. 3, reimpreso como "Bork: The Senate's Responsibility", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, *op. cit.*, pp. 265-275; "From Bork to Kennedy", *The New York Review of Books*, 34, 20, december 17, 1987, pp. 36, reimpreso como "What Bork's Defeat Mean", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, *op. cit.*, pp. 276-286; "The Bork Nomination", *New York Review of Books*, 34, 17, 1987, pp. 60; "The Bork Nomination: An Exchange", *New York Review of Books*, 34, 15, 1987, pp. 59; "Bork's Jurisprudence", *University of Chicago Law*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

los ochenta inició con el crítico literario Stanley Fish.[27] Pero el más famoso y relevante para la teoría jurídica es, sin lugar a dudas, el que mantuvo durante más de veinte años con Hart. La discusión se desarrolló en una serie de trabajos publicados principalmente en la década del setenta y del ochenta[28] y culminó con la publicación póstuma de la segunda edición de

Review, vol. 57, reimpreso como "Bork's Own Postmortem", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 287-305; "Justice for Clarence Thomas", *The New York Review of Books*, 38, november 7, 1991, reimpreso como "The Thomas Nomination", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, *op. cit.*, pp. 306-320.

[27] Las críticas de Fish a la teoría de la interpretación constructiva son posiblemente las que más han preocupado a Dworkin. ver Fish, Stanley, "Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism", *Critical Inquiry*, vol. 9, 1982-83, pp. 201-216; "Wrong Again", *Texas Law Review*, vol. 62, 1983, pp. 299; "Still Wrong After All These Years", *Law and Philosophy*, vol. 6, núm. 3, 1987; Dworkin, Ronald, "My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More", en W. J. T. Mitchell (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago-Londres, University of Chicago Press, 1983, pp. 287-313; "On interpretation and objectivity", en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 167-177; "Pragmatism, Right Answers and True Banality", *Pragmatism in Law and Society*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1991. Sobre el debate Dworkin-Fish, ver Bonorino, Pablo, *Dworkin*, Lima, ARA, 2010; Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 73-81; Stavropoulos, Nicos, *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 165.

[28] Los trabajos de Dworkin relacionados con esta polémica son: "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1977, pp. 14-46, reimpreso como "The Model of Rules I", *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 14-45; y con el título "Is Law a System of Rules?" en Dworkin, Ronald (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 38-65; "Social Rules and Legal Theory", *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 855-890, reimpreso como "The Model of Rules II", *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 46-80; *Taking Rights Seriously*; "Seven Critics", *University of Georgia Law Review*, vol. 11, núm. 1, 1977, pp. 1201-1267, reimpreso con modificaciones importantes en *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 291-368; "No Right Answer?", en Hacker, P.M.S. & Raz, J. (eds), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford Universtiy Press, 1977, pp. 58-84, reimpreso como "Is There Really No Right Answer in Hard Cases?" en Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, *op. cit.*, 1985, pp. 119-145, existe traducción al castellano de Maribel Narváez Mora, "¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?", en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 475-512; *Law's Empire;* "Legal Theory and the Problem of Sense", en Gavison, Ruth, (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 9-22. Los de Hart son: Hart, H. L. A., *The Concept of Law,* Oxford, Clarendon Press, 1961, traducción de Genaro Carrió. *El concepto de derecho*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1963; "Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976", *New York University Law Review*, vol. 51, 1976, pp. 538-51; "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Georgia Law Review*, vol. 11, núm. 5, 1977, pp. 969-89; "Between Utility and Rights", *Columbia Law Review*, vol. 79, núm. 5, June, 1979, pp. 828-46; *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1979; *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983; "Comment on *Legal*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

The Concept of Law [*El Concepto de Derecho*, en adelante *TCL*] conteniendo un Postscript en el que Hart contestó a las principales críticas de Dworkin.[29] Este, a su vez, dedicó un trabajo a analizar esta crítica póstuma de Hart (incluido en la compilación *Justice in Robes*[30] [*La Justicia con toga*] del año 2006). En realidad cuando afirmo que la polémica culminó con estos trabajos sólo me refiero a lo que a sus protagonistas privilegiados respecta, pues en la filosofía jurídica todavía se sigue discutiendo la cuestión. Dworkin ha analizado los trabajos críticos producidos por los defensores positivistas de Hart, en sus distintas variantes, en un artículo titulado "Thirty Years On"[31] [*Treinta años después*], también incluido luego en *Justice in Robes.*

La introducción de su pensamiento a gran escala en el mundo hispano, se produce a partir de la traducción de algunos de sus primeros artículos en la serie *Cuadernos de Filosofía*, publicados por la Universidad Nacional Autónoma de México. Pero es principalmente a partir de la publicación de su primera compilación de artículos en 1984, con el título *Los Derechos en Serio*,[32] cuando sus ideas adquieren mayor difusión. Hasta el momento se han traducido de forma completa sus libros, a veces con resultados muy poco satisfactorios, con el título de *El imperio de la justicia*,[33] *El dominio de la vida*,[34] y *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político.*[35] Muchos de los artículos de *AMP* fueron traducidos en distintas compilaciones,[36] así como

Theory and the Problem of Sense", en Gavison, Ruth, (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 35-42; *The Concept of Law*, second edition, with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, 1994.

[29] Ver la traducción y el ensayo introductorio de Rolando Tamayo y Salmorán en Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*. México: UNAM, 2000.

[30] Dworkin, Ronald M., *Justice in Robes,* Cambridge, Harvard University Press. Existe traducción, *La justicia con toga*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

[31] Dworkin, Ronald M., "Thirty Years On", *Harvard Law Review*, vol. 115,núm. 6, Abril, 2001.

[32] Dworkin, Ronald M., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

[33] Dworkin, Ronald M., *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.

[34] Dworkin, Ronald M., *El dominio de la vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual,* Barcelona, Ariel, 1994.

[35] Dworkin, Ronald M., *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político,* Barcelona, Paidós, 2008.

[36] Dworkin, Ronald M., "¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?", en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 475-512; "El liberalismo", en Hampshire, Stuart (Comp.), *Moral pública y privada*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 133-167; "Cómo el derecho se parece a la literatura", en Rodríguez, César (ed.), *La decisión*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

algunos de sus trabajos sobre teoría política.[37] Entre las últimas compilaciones traducidas se encuentran *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*[38] y *La justicia con toga*.[39]

II. La obra

En esta sección presentaré el contenido de las principales obras de teoría jurídica de Dworkin, agrupándolas según las tres etapas de su pensamiento que he señalado anteriormente. Finalmente, dedicaré algunas líneas a presentar sus trabajos de filosofía política.

1. *Primera fase (1963-1976)*

Su primer artículo, dedicado al tema de la DISCRECIONALIDAD JUDICIAL, se publicó en *The Journal of Philosophy* en 1963.[40] En él se pueden detectar muchas de las características definitorias de su filosofía. Una crítica marcada al utilitarismo y un tratamiento pormenorizado del Razonamiento jurídico.

Después de una serie de artículos menores, en la mayoría de los cuales realizaba reseñas de otras obras, llegó el trabajo que le haría ganar gran parte de su prestigio[41]. En "The Model of Rules" [*El modelo de reglas*] (también conocido como "Is Law a System of Rules?" [*¿Es el derecho un sistema de reglas?*])[42] plantea una de las críticas más importantes e influyentes a la obra

judicial. El debate Hart-Dworkin, Santa Fé de Bogotá (Colombia), Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 143-180.

[37] Dworkin, Ronald M., *La comunidad liberal*, Santa Fé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1996. Traducción de Claudia Montilla, *Etica privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós-ICE/UAB, 1993.

[38] Dworkin, Ronald M., *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.

[39] Dworkin, Ronald M., *La justicia con toga*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

[40] Dworkin, Ronald, M. "Judicial Discretion", *The Journal of Philosophy*, vol. 60, pp. 624-38, 1963.

[41] Dworkin, Ronald M., "Wasserstorm: The Judicial Decision", *Ethics*, vol. 75, 1964, 47-56, reeditado como "Does Law have a Function? A Comment of the Two-Level Theory of Decision", *Yale Law Journal*, vol. 74, 1965, pp. 640-51; "Philosophy, Morality and Law – Observations prompted by Professor Fuller's Novel Claim", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113, 1965, pp. 668-690.

[42] Dworkin, Ronald M., "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1977, pp. 14-46, reimpreso como "The Model of Rules I", *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

de H. L. A. Hart. Dworkin sostuvo en ese artículo que el positivismo jurídico (ejemplificado por la versión de H.L.A. Hart) es un modelo de y para un sistema de reglas. Esto es así pues su creencia central en una prueba fundamental para identificar el derecho (doctrina de la regla de reconocimiento), lleva a perder de vista el importante papel que desempeñan los principios en el RAZONAMIENTO JURÍDICO. Para dar cuenta de la función que los principios cumplen en el derecho, y con ello poder comprender el uso de los conceptos de obligación y derecho jurídico mediante una teoría que describa la situación social de manera más adecuada, el positivismo jurídico debería ser abandonado.[43] La clave del éxito de este artículo no se debe buscar en la originalidad de las tesis defendidas,[44] ni en la novedad de los conceptos involucrados (i.e. "principios"), sino en la brillantez de su exposición y en la solidez de sus argumentos.

El libro *The Concept of Law* (en adelante *TCL*) de Hart tuvo un gran impacto en el panorama iusfilosófico anglosajón, por su rigor, claridad y por introducir el análisis del lenguaje ordinario como herramienta de la reflexión filosófica. Características que resaltaban aún más si se tiene en cuenta la situación agónica en la que se encontraba la teoría jurídica anglosajona en las primeras décadas de este siglo.[45] Por eso no sorprende que las tesis de Dworkin en dicho artículo hayan acaparado tanta atención. Lo que sí puede sorprender es que dos años después, y sin otro trabajo de similar importancia publicado, Dworkin sucediera a Hart en la cátedra de teoría jurídica de Oxford.

En 1970 publicó otro de sus más conocidos artículos *Taking Rights Seriously*[46] [*Tomar los derechos en serio*]. En él realizó el primer esbozo de su concepción de los DERECHOS INDIVIDUALES frente al gobierno como *cartas de triunfo*. Esto es, como derechos que el Estado no puede limitar apelando a objetivos o metas sociales consideradas valiosas. El Estado sólo puede inter-

14-45; y con el título "Is Law a System of Rules?" en Dworkin, Ronald (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 38-65

[43] Sobre los principios, ver también NORMA JURÍDICA.

[44] Fuller, Lon L., "Human purpose and natural law". *The Journal of Philosophy*, vol. 53, 1956, pp. 697-705, y, "Positivism and Fidelity to Law -A Reply to Professor Hart". *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 630-672.

[45] Ver, Guest, Stephen, *Ronald Dworkin*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1992, p. 2; MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, London, Edward Arnold, 1981, p. 18; Dworkin: A New Link in the Chain", *op. cit.*, p. 18.

[46] Dworkin, Ronald M., "Taking Rights Seriously", *New York Review of Books*, 15, 11, 1970, pp. 23, reimpreso como "Taking Rights Seriously", *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 184-205

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ferir en los derechos fundamentales de los individuos apelando a la defensa de otros derechos individuales (concebidos como derechos de individuos y no de colectivos), o bien a razones de emergencia actual y de gran magnitud. Ninguna fundamentación basada en objetivos colectivos o derechos de la sociedad, o de las mayorías, puede ser utilizada para justificar una limitación a estos derechos fundamentales. El punto de partida de su argumentación es el análisis del lenguaje relativo a los derechos, y su núcleo consiste en mostrar que la idea misma de derecho individual frente al gobierno (derecho fundamental en su terminología) implica la imposibilidad del Estado de limitar su ejercicio apelando al bienestar colectivo.

"Social Rules and Legal Theory"[47] [*Reglas Sociales y Teoría Jurídica*], es un artículo árido y complejo. Prácticamente no representa ningún avance en la teoría de Dworkin. En él respondió a las principales críticas que suscitó su anterior trabajo sobre Hart,[48] agregando una crítica importante a la teoría de las reglas sociales que éste expusiera en *TCL*. Esta da lugar a un argumento independiente contra el positivismo, tanto en lo que respecta a su teoría de la decisión judicial como a su teoría de la regla de reconocimiento. Algunos autores consideran que es recién en este trabajo cuando Dworkin empieza a erosionar ciertas distinciones conceptuales establecidas por Hart, que hasta ese momento había utilizado en sus críticas.[49]

En 1975 Dworkin realizó la primera presentación sistemática de la concepción del derecho que venía esbozando en sus anteriores trabajos. En "Hard Cases"[50] [*Casos Difíciles*] unificó su teoría de la decisión judicial y su teoría de los derechos individuales. En este artículo hace su aparición el Juez Hércules, instrumento metodológico al que apela Dworkin para exponer su concepción de la teoría jurídica. Este trabajo es una versión modificada de la disertación inaugural que realizara al asumir su cargo en Oxford, en el año 1971.

Para comprender tanto el aspecto crítico de las tesis de Dworkin, como su propuesta alternativa, conviene realizar previamente una sucinta presentación de la propuesta teórica que Hart formula en *TCL*.[51]

[47] Dworkin, Ronald M., "Social Rules and Legal Theory", *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 855-890, reimpreso como "The Model of Rules II", *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 46-80.

[48] Dworkin, Ronald M., "The Model of Rules", *op. cit.*

[49] Hund, J., "New Light on Dworkin's Jurisprudence", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 75, núm. 4, 1989, p. 468-483, p. 469, núm. 12.

[50] Dworkin, Ronald M., "Hard Cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975, pp. 1057-1109, reimpreso en *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 81-130.

[51] En lo que sigue presentaré brevemente sólo algunos de los rasgos más salientes de la posición de Hart (véase también, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO). La teoría

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Hart comienza reconstruyendo la teoría que explica el derecho como un conjunto de órdenes generales respaldadas por amenazas, emitidas por un soberano (independiente y supremo) generalmente obedecido (*TCL*: capítulo 2). Esta teoría fue defendida principalmente por John Austin (1790-1859) en las clases que dictara en la Universidad de Londres en el período comprendido entre 1829 y 1832. Las mismas fueron recogidas en su obra *The Province of Jurisprudence Determined*, publicada en 1832. Este trabajo fue posteriormente reeditado, con el agregado de nuevos materiales, hasta 1885 (fecha de la quinta edición), con títulos diversos como *Lectures on the Philosophy of Positive Law* o *Lectures on General Jurisprudence*. A pesar de las diferencias que el propio Kelsen señala con la obra de Austin,[52] Hart considera que, en lo que a la concepción básica de las normas jurídicas respecta, su reconstrucción refleja también la posición de Hans Kelsen. Luego dedica los dos capítulos siguientes de su libro a mostrar las deficiencias de este tipo de teorías.

Las distintas críticas que Hart formula a este "modelo simple", le permiten presentar las nociones teóricas con las que elucida el concepto de derecho:

(1) La necesidad de dar cuenta de las diferentes funciones sociales que cumplen los reglas en un sistema jurídico (cap. 3) conduce a la distinción entre reglas primarias y secundarias como elemento esencial a la hora de describir el derecho (cap. 5). El argumento general es que los sistemas jurídicos reales incluyen normas que, por su contenido, origen o ámbito de aplicación, no pueden ser explicadas correctamente mediante el modelo de órdenes respaldadas por amenazas. Si tenemos en cuenta el contenido de

jurídica de Hart se encuentra desarrollada principalmente en *TCL* y en algunos artículos anteriores y posteriores (ver *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983; "Comment on *Legal Theory and the Problem of Sense*", en Gavison, Ruth, (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 35-42). La bibliografía secundaria, relacionada con las tesis jurídicas de Hart, es prácticamente imposible de listar de forma exhaustiva. Una exposición detallada de toda su teoría jurídica, con referencias a los principales textos críticos, puede hallarse en los textos de Neil MacCormick (*H.L.A. Hart, op. cit.*) y Michael Bayles (Bayles, Michael, *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1992). Dos recopilaciones de ensayos dedicados expresamente a analizar la obra de Hart, resultan particularmente recomendables: Raz y Hacker (*Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press-Claredon Press, 1977) y Gavison (*Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987).

[52] Kelsen, Hans, "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Bs. As., Losada, 1941, pp. 207-238. Traducción de Eduardo A. Coghlan.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

las normas, veremos que en los sistemas jurídicos reales existen normas que otorgan potestades públicas o privadas, esto es que establecen la forma en que los particulares pueden generar nuevos derechos y obligaciones, o la manera en que los funcionarios pueden dictar o aplicar normas. Estas normas no pueden ser explicadas en el modelo simple sin (a) asimilar nulidad con sanción o bien (b) considerarlas fragmentos de normas genuinas. Ninguna de estas alternativas resulta aceptable, pues el resultado obtenido sería la deformación de las diferentes funciones sociales que cumplen los distintos tipos de reglas. Las objeciones que pueden plantearse si se consideran el origen y el ámbito de aplicación de las normas en los sistemas jurídicos reales, son dos: (a) algunas normas se originan en la costumbre, no son creadas, y (b) las normas jurídicas se aplican aun a las mismas autoridades que las emiten. Según Hart, tampoco estas dos características pueden ser explicadas satisfactoriamente con el modelo simple de órdenes generales respaldadas por amenazas (ver *TCL*: cap. 5).

(2) Las insuficiencias de la noción de hábito para explicar el derecho y las diferencias señaladas entre hábitos y reglas (cap. 4), es lo que justifica la distinción entre punto de vista interno y externo, y la correspondiente diferencia entre enunciados internos y externos (cap. 5). El capítulo cuatro resulta de gran importancia porque en él se encuentra por primera vez en el texto (a) una defensa explícita de la distinción entre hábito y regla en términos wittgenstenianos, aludiendo expresamente a la distinción entre el punto de vista interno y externo frente a las reglas, y (b) la necesidad de contar con una regla última para resolver las cuestiones relacionadas con la existencia e identificación de un sistema jurídico, ya que la misma se encontraría presupuesta en muchas de las explicaciones que podrían derivarse del modelo simple para estas cuestiones.

(3) La respuesta insatisfactoria que brinda el modelo simple a los problemas relativos a la existencia e identificación de un sistema jurídico, muestra la necesidad de una regla última para dar cuenta de los mismos (cap. 4). Esto lleva a la teoría de la *Regla de Reconocimiento*, la que posee las propiedades de ser una regla secundaria y la de poder ser vista tanto desde un punto de vista interno como externo (caps. 5 y 6). El modelo simple explica la identidad o unidad de un ordenamiento jurídico mediante la introducción de la idea de un soberano, independiente y supremo, generalmente obedecido, del que emanan todas las ordenes generales que componen un sistema jurídico. Una norma forma parte del derecho cuando ha sido emitida por el soberano o bien por alguien a quien el soberano haya delegado parte de su poder normativo. La existencia de diferentes soberanos supremos e independientes es lo que permite explicar la existencia de

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

diferentes sistemas jurídicos. El soberano es un sujeto o conjunto de sujetos a los que la población obedece habitualmente, y que no tienen a su vez el hábito de obedecer a ninguna autoridad normativa. Hart crítica este aspecto del modelo porque no permite explicar (a) la continuidad de un sistema jurídico cuando el soberano debe ser reemplazado, (b) la persistencia temporal de las normas emitidas por un soberano cuando es sucedido por otro, y (c) porque en los sistemas jurídicos reales no puede identificarse ningún soberano independiente y supremo habitualmente obedecido, ya que las legislaturas o el electorado, únicos candidatos posibles en las modernas democracias, no pueden entenderse en esos términos.

Usando la terminología de Raz,[53] podemos decir que con estos elementos Hart reflexiona y funda su respuesta a los problemas de la existencia, identidad, estructura (caps. 5-6) y contenido (caps. 8-9) de un sistema jurídico nacional. La teoría de Hart contiene, en consecuencia, una teoría analítica completa del sistema jurídico nacional, dentro de la que podría detectarse la presencia de una definición adecuada de "sistema jurídico nacional". Las dos descansan sobre la crucial noción de "Regla de Reconocimiento", pues con ella se resuelven los problemas de existencia e identidad del sistema jurídico que les son comunes. Sin embargo, el tratamiento que hace Hart de la misma resulta sumamente impreciso (*TCL*: cap. 5, 6), lo que ha dado lugar a no pocas polémicas y discusiones en torno a los problemas que genera su interpretación.

La teoría de la decisión judicial contenida en *TCL* (cap. 7), parte del análisis del significado de los términos con los que se deben necesariamente formular las reglas jurídicas. Para que el derecho pueda cumplir con su función básica de regular la conducta de los sujetos mediante reglas, éstas deben ser formuladas en el lenguaje natural utilizado en la comunidad. Para Hart, el significado de las palabras-concepto en las que deben ser formuladas las reglas, depende del uso que se haga de ellas en dicha comunidad. Existen casos en los que la aplicación del término no resulta problemática, estos constituyen el núcleo del significado de la expresión. Pero existen otros casos en los que existen desacuerdos sobre si el término se aplica o núm. En esos casos se debe apelar a consideraciones extralingüísticas para fundar la decisión de aplicar o no el término en cuestión. Estos casos constituyen la zona de penumbra del significado de toda palabra-concepto perteneciente a un lenguaje natural.

[53] Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, (2da. ed. con Postcriptum, 1980), Oxford, Oxford University Press-Claredon Press, 1970.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Por ejemplo, la palabra-concepto "vehículo" posee un núcleo de significado claro que permite aplicarla sin inconvenientes a automóviles, trenes, aviones, botes, bicicletas, tractores, motocicletas, etc. Sin embargo, ante una patineta podrían surgir discrepancias si alguien pretendiera llamarla "vehículo". Ninguna consideración de tipo lingüístico podría ayudar a resolver, o a evitar, este tipo de cuestiones, pues estamos ante un caso que cae en la zona de penumbra del significado del término "vehículo". Todas las palabras-concepto del lenguaje natural poseen un grado ineliminable de indeterminación.

Las reglas jurídicas, en consecuencia, permiten resolver sin inconvenientes los casos que caen dentro del núcleo de significado de las palabras-concepto con que se formulan. Esto son los denominados casos fáciles. Pero existen casos que caen dentro del área de penumbra, los denominados casos difíciles. En estos casos, la regla no determina por sí sola la solución, y el juez debe elegir entre distintas alternativas apelando a consideraciones extrajurídicas. La existencia inevitable de estos casos en la práctica de aplicación judicial del derecho, constituye el fundamento de la llamada "tesis de la discrecionalidad judicial" (*TCL*: cap. 7).[54]

Podemos reconstruir el principal argumento crítico de Dworkin, tomando como base "The Model of Rules" , de la siguiente manera:

(1) Una teoría jurídica debe brindar respuesta a la pregunta qué es una obligación jurídica, lo que hace necesario responder a la pregunta qué es el derecho. Dichas respuestas deben mostrar cómo usamos en la realidad esos conceptos, y qué compromisos conceptuales nos trae aparejado dicho uso.

(2) No es una cuestión meramente verbal determinar cuál de las posibles teorías jurídicas que nos proponen respuestas a estas preguntas es la correcta. De lo que se trata es de determinar cuál de ellas describe de manera más adecuada la situación social.[55]

[54] La distinción entre casos fáciles y difíciles resulta crucial para las posiciones positivistas. Es lo que permite afirmar que la interpretación, en tanto que actividad parcialmente creativa, constituye una actividad excepcional en la tarea de aplicar judicialmente el derecho. La distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser requiere diferenciar las actividades de aplicar el derecho (casos fáciles) y de crearlo (casos difíciles) (*cfr.* Marmor, *Interpretation and Legal Theory, op. cit.*, p. 124, Marmor, "No Easy Cases?", en Patterson, Dennis M., (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1992, pp. 189-207; Schauer, Frederick, "Easy Cases", *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985.). Pero también lo es para la posición de Dworkin, como han señalado acertadamente Hutchinson y Wakefield (Hutchinson, Allan y Wakefield, John, "A Hard Look at Hard Cases", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1982, pp. 86.

[55] El contenido de las premisas [1] y [2] de la reconstrucción propuesta, ha sido analizado en detalle por Philip Soper ("Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute", *Michigan Law Review*, vol. 75, 1976-77, pp. 473-519).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

(3) El esqueleto del positivismo como teoría jurídica está constituido por unas pocas proposiciones centrales:[56]

(3.1) El derecho de una comunidad es un conjunto de reglas especiales usadas por esa comunidad, directa o indirectamente, con el propósito de determinar cuáles son las conductas que serán punidas o coaccionadas mediante el poder público. Estas reglas se identifican mediante criterios específicos, especies de pruebas [*test*], en los que no se tiene en cuenta el contenido de las reglas sino su *pedigrí*, esto es la forma en que fueron adoptadas o desarrolladas. Estas pruebas permiten distinguir las reglas jurídicas válidas de las espurias, y también de otros tipos de reglas sociales (por lo general reglas morales) que la comunidad sigue, pero no forzada por la amenaza del poder público.

(3.2) El conjunto de estas reglas jurídicas válidas constituye todo el derecho de forma exhaustiva, por lo que si algún caso no queda claramente cubierto por una de estas reglas, ese caso no puede ser decidido mediante la aplicación del derecho. Estos casos deben ser decididos por algún funcionario, por ejemplo un juez, ejerciendo su discreción, esto significa buscando más allá del derecho algún tipo de pauta [*standard*] que lo guíe en la creación de una nueva regla jurídica, o en la tarea de modificar alguna de las ya existentes.

(3.3) Decir que alguien tiene una obligación jurídica es decir que su caso cae bajo una regla jurídica válida que le exige hacer o abstenerse de hacer algo (brevemente, decir que alguien tiene un derecho jurídico es afirmar que otros tienen actual o hipotéticamente la obligación legal de actuar o no actuar de cierta manera respecto de él). En ausencia de tales reglas jurídicas válidas, no hay obligaciones jurídicas, de lo que se sigue que cuando el juez resuelve una cuestión mediante el ejercicio de su discrecionalidad, no está imponiendo un derecho jurídico.

(4) Cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, particularmente en casos difíciles, hacen uso de pautas que no funcionan como reglas, sino que operan como principios. Estos principios,

[56] La forma en la que Dworkin caracteriza al positivismo jurídico, ha sido ampliamente discutida (ver Bell, Richard, "Understanding the Model of Rules: Toward a Reconciliation of Dworkin and Positivism", *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 912-948; Burton, Steven, "Ronald Dworkin and Legal Positivism", *Iowa Law Review*, vol. 109, 1984; Carrió, Genaro, "Professor Dworkin's View on Legal Positivism", *Indiana Law Journal*, vol. 55, núm. 2, 1980, pp. 209-246; Lyons, David, "Principles, Positivism, and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, vol. 87, 1977, pp. 415-435; ; Nino, Carlos, "Dworkin and Legal Positivism", *Mind*, vol. LXXXIX, 1980, pp. 519-543; Waluchow, Wilfrid, "Herculean Positivism", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 5, 1985, pp. 187-210. (véase, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO)

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que pueden ser principios en sentido estricto, directrices políticas u otro tipo de pautas, se diferencian de las reglas por su estructura lógica y por poseer la dimensión de peso. Son estos principios los que permiten entender la labor judicial en los casos controvertidos, como la aplicación de los derechos u obligaciones que las partes tenían con antelación a la decisión institucional.

(5) Existen dos formas de entender los principios jurídicos: (1) considerando que forman parte del derecho al igual que las reglas y que por ende obligan de la misma manera que éstas, o (2) negar que los principios obliguen de la misma forma que las reglas, considerándolos en consecuencia como por encima del derecho.

(6) La segunda forma de entender los principios jurídicos resulta inaceptable pues ninguno de los argumentos que pueden dar los positivistas en su apoyo es aceptable, y porque, además, lleva a sostener que ninguna regla puede ser considerada como jurídicamente obligatoria.

(7) Decir que alguien "tiene discrecionalidad" en el lenguaje ordinario tiene sentido sólo en contextos en el que alguien tiene la carga de tomar decisiones en materias reguladas por pautas establecidas por una determinada autoridad. Se pueden distinguir tres sentidos del término "discreción": (a) sentido débil$_1$: por alguna razón las pautas que el funcionario debe aplicar no pueden ser aplicadas mecánicamente, sino que requieren el uso de opiniones [*judgment*]; (b) sentido débil$_2$: algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión y la misma no puede ser revisada ni revertida por ningún otro funcionario; (c) sentido fuerte: en algunas cuestiones el funcionario no se encuentra obligado o vinculado por las pautas establecidas por la autoridad de que se trate.

(8) La doctrina de la DISCRECIONALIDAD JUDICIAL que defienden los positivistas (ver supra. 3.2) es o bien trivial, si se entiende la expresión "discreción" en sentido débil$_1$, o bien, entendida en un sentido fuerte de la expresión, resulta infundada, pues se compromete con el segundo enfoque de los principios jurídicos (ver supra 6).

(9) Si adoptamos la primera forma de entender los principios, entonces debemos abandonar, además de la doctrina de la discrecionalidad en sentido fuerte, la doctrina positivista de la *prueba de pedigrí* (ver supra 3.1). Pues no se puede relacionar los principios con actos institucionales de promulgación, ni se los puede asimilar al tratamiento que se le da a la costumbre ni

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

se los puede considerar como formando parte de la propia regla de reconocimiento.[57]

(10) Sin las anteriores tesis la tercera tesis positivista, en la que se formula la doctrina de la obligación jurídica (ver supra. 3.3), tampoco puede ser defendida. Pues una vez abandonada la teoría de la discrecionalidad, y reconocido que los principios son parte del derecho, nada impide considerar que las obligaciones jurídicas puedan surgir de constelaciones de principios, además, que de reglas establecidas.

(11) El positivismo (ejemplificado por la versión de H.L.A. Hart) es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción central de una simple prueba fundamental para el derecho nos fuerza a perder de vista el importante papel que desempeñan los principios (en sentido genérico) en el Razonamiento jurídico.

(Conclusión) Para dar cuenta de la función que los principios cumplen en el derecho, y con ello poder comprender el uso de los conceptos de obligación y derechos jurídicos, mediante una teoría que describa la situación social de manera más adecuada, el positivismo jurídico debe ser abandonado.

La forma en que los distintos pensadores positivistas han intentado evitar las objeciones que surgen de este argumento de Dworkin, ha marcado el desarrollo posterior de la corriente en el mundo jurídico anglosajón (ver *infra* sección III, punto 1).

Por lo general se acepta que el núcleo de la teoría jurídica de Dworkin, en esta primera fase, se encuentra desarrollado en tres de los artículos antes mencionados: "The model of Rules, "Social Rules and Legal Theory", y "Hard Cases".[58] Es principalmente en este último donde Dworkin presen-

[57] En un artículo posterior Dworkin desarrolla un argumento independiente para rechazar la *prueba de pedigrí* ("Social Rules and Legal Theory", *op. cit.*). En él rechaza la teoría de las reglas sociales de Hart como fundamento de la obligación de los jueces de aplicar el derecho, situándola en el campo de la moralidad convencional (previo distingo entre moralidad concurrente y convencional). Una crítica a este argumento puede verse en Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute", p. 488 y ss).

[58] Ver en el mismo sentido Mackie, "The Third Theory of Law", en Cohen, Marshal (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, New Jersey, Rowman & Allanheld, 1982, pp. 161-170; Stick, "Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretative Turn in *Law's Empire*", *op. cit.*; Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute", *op. cit.* y Raz, "Dworkin: A New Link in the Chain", *op. cit.* En contra se han expresado Hutchinson y Wakefield, "A Hard Look at Hard Cases", *op. cit.*, p. 87, nota 8, quienes sostienen que el núcleo de la teoría de Dworkin en esta primera etapa de su producción se encuentra expresado en "The Models of Rules", "Hard Cases" y "Can Rights be Controversial?", *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 279-290.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ta, explícitamente y de forma comprehensiva, una concepción del derecho alternativa a aquella defendida por el positivismo jurídico.

Es importante comprender los puntos centrales de su teoría en esta primera versión, porque todos los desarrollos posteriores del pensamiento de Dworkin pueden entenderse como un intento para hallar una forma de justificar mejor sus viejas tesis.[59] La base de su teoría la constituye la aspiración de que los "derechos sean tomados en serio". Esto significa preservar los derechos individuales frente a cualquier intento de avasallamiento por parte del Estado. Todas sus tesis específicamente jurídicas, como la teoría del RAZONAMIENTO JUDICIAL y la tesis de la respuesta correcta, son desarrolladas para defender su concepción liberal del derecho.[60]

La tesis central, en torno a la que se articula todo su pensamiento, es la llamada "tesis de los derechos" o "tesis del derecho a una decisión". Sólo se puede afirmar que los sujetos tienen derechos, si los jueces, al decidir los litigios que surgen en relación con su existencia o alcance, deben tomar sus decisiones sobre la base de esos derechos. Decir que un individuo tiene un derecho jurídico significa afirmar que tiene el derecho a una decisión jurídica favorable en caso de controversia.[61]

De ella se deriva la necesidad de defender la llamada "tesis de la respuesta correcta". Para que se pueda afirmar que un sujeto tiene el derecho a una decisión judicial favorable en ciertos casos, y al mismo tiempo sostener que es la existencia de ese derecho la que sirve de base para dicha decisión, resulta necesario que el material normativo dé una respuesta correcta para todos los casos, principalmente para aquellos que generan controversias.[62]

Para que los jueces puedan hallar estas "respuestas correctas", se les deben otorgar herramientas más flexibles para desarrollar los razonamientos que les permitan justificar jurídicamente esas decisiones. Los principios jurídicos son los instrumentos que permiten explicar cómo los jueces pueden hallar una respuesta correcta en todos los casos, aun en los llamados casos difíciles. Pero la defensa de los derechos individuales exige que esos principios sean entendidos de forma restrictiva, excluyendo aquellas pautas que establecen metas consideradas valiosas para la comunidad. Por ello

[59] Stick, John, "Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretative Turn in *Law's Empire*", *op. cit.*, y Raz, "Dworkin: A New Link in the Chain", *op. cit.*

[60] Gabel, Peter, "Taking Rights Seriously. Book Review", *Harvard Law Review*, vol. 91, 1977, pp. 302-315 y Stick, John, "Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretative Turn in *Law's Empire*", *op. cit.*

[61] Dworkin, "Taking Rights Seriously", *op. cit.*, y "Hard Cases", *op. cit.*

[62] *Cfr.* Dworkin, "Hard Cases", *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Dworkin considera que los únicos fundamentos aceptables para las respuestas judiciales correctas en cuestiones jurídicas controvertidas, son los principios jurídicos y no las directrices políticas. La razón es que estas últimas pueden ser satisfechas de diversas maneras, lo que no permitiría fundar la "tesis de la respuesta correcta".[63]

Por todo ello, su posición lleva a rechazar la distinción tradicional entre derecho y moralidad. La labor de Hércules, el juez ideal que utiliza en su exposición, es hallar la teoría que mejor explique y justifique el derecho establecido. Esa teoría consiste en el conjunto de principios de moralidad subyacentes en el material normativo que mejor se adecúe al mismo. Con ayuda de esta teoría no resulta difícil hallar respuesta para aquellas cuestiones no resueltas explícitamente por el derecho establecido. La labor de Hércules consiste en encontrar la mejor justificación moral[64] para los materiales jurídicos, y al hacerlo, debe él mismo formular juicios morales sustantivos. Su labor no se puede limitar a describir la moralidad convencional, aquella que surge de ciertas reglas sociales ampliamente aceptadas.[65]

Dworkin sostiene que la teoría jurídica no es más que la parte general de toda decisión judicial.[66] La tarea de Hércules representa la consecución del programa ideal de dicha teoría, en la que conviven elementos descriptivos y valorativos. Es esta mezcla de aspectos descriptivos y normativos en la teoría de Dworkin, tal como surge de la reconstrucción esquemática que he presentado, lo que ha generado dificultades a la hora de clasificarla.[67] Frente a la dicotomía tradicional entre teorías conceptuales o descriptivas del derecho (positivistas) y teorías prescriptivas (iusnaturalistas), la propuesta de Dworkin combina elementos de ambas. Esto ha llevado a algunos autores a considerarla un tercer tipo de teoría jurídica[68] y a otros a considerarla una variante sofisticada de positivismo[69] o de iusnaturalismo.[70]

[63] *Cfr.* Dworkin, "Hard Cases", *op. cit.*

[64] *Cfr.* "Social Rules and Legal Theory", *op. cit.*, y Dworkin, "Hard Cases", *op. cit.*

[65] *Cfr.* "Social Rules and Legal Theory", *op. cit.*, y "Hard Cases", *op. cit.*

[66] Wasserstorm: The Judicial Decision", *op. cit.*

[67] Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute", p. 474.

[68] Mackie, "The Third Theory of Law", *op. cit.*, y MacCormick, *H. L. A. Hart*, *op. cit.*,

[69] Bell, "Understanding the Model of Rules: Toward a Reconciliation of Dworkin and Positivism", *op. cit.*

[70] Richards, David, "Taking *Taking Rights Seriously* Seriously: Reflections on Dworkin and the American Revival of Natural Law", *New York University Law Review*, 52, núm. 6, 1977, pp. 1265-1340, y, Waluchow, Wilfrid, "The Weak Social Thesis", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1989, pp. 23-55

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

2. *Segunda fase (1977-1985)*

Hubo que esperar a la publicación de *TRS* para ver reunidos los principales ensayos escritos por Dworkin entre 1967 y 1976. La introducción fue escrita por Dworkin especialmente para ese volumen. La recopilación recoge 13 artículos, de los cuales dos no habían sido publicados previamente "What rights do we have?"[71] [*¿Qué Derechos Tenemos?*] y "Can rights be controversial? "[72] [*¿Pueden los derechos ser controvertidos?*].

Inmediatamente después de su publicación especialistas de todo el mundo dedicaron artículos y reseñas a analizar y criticar sus ideas. En la segunda edición, realizada en 1978, al año siguiente de la primera, Dworkin amplia el ensayo "Seven Critics" [*Siete Críticas*], que había publicado en *Georgia Law Review*, y lo incorpora como apéndice titulado "A reply to critics" [*Una réplica a las críticas*].[73]

Es interesante destacar que el importante ensayo "No right answer?"[74] [*¿No hay respuesta correcta?*, en adelante *NRA*] no forma parte de *TRS* a pesar de haber sido publicado en 1977 en un volumen colectivo en homenaje a Hart. Sin embargo, algunas de las réplicas que realiza Dworkin en el apéndice se refieren a ciertas críticas suscitadas por lo afirmado en dicho artículo. Este trabajo constituye otro hito importante en la producción de Dworkin, y es considerado por muchos como uno de sus mejores escritos. En él se defiende la denominada *tesis de la respuesta correcta* en los casos jurídicos controvertidos, cuyo alcance y fundamentos todavía es objeto de discusiones.[75]

Además de la introducción para *TRS* y *NRA*, Dworkin escribió una breve introducción para una compilación de textos de filosofía del derecho

[71] Dworkin, Ronald M., "What Rights Do We Have?", *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 266-278.

[72] Dworkin, Ronald M., "Can Rights be Controversial", *op. cit.*

[73] Dworkin, Ronald M., "Seven Critics", *University of Georgia Law Review*, *op. cit.*, pp. 1201-1267, reimpreso con modificaciones importantes en *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, 1977, pp. 291-368.

[74] Dworkin, "Ronald M., No Right Answer?", en Hacker & Raz, *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, *op. cit.*, pp. 58-84

[75] En realidad la tesis de Dworkin es mucho más modesta de lo que se suele considerar, al menos en este trabajo. Afirma que la tesis que niega la existencia de una respuesta correcta en los casos jurídicos controvertidos es mucho más limitada de lo que creen sus defensores en nuestros propios sistemas jurídicos. A lo largo de su exposición pretende haber demostrado que no existen argumentos para negar que en realidad existen respuestas correctas en la mayoría de los casos difíciles. Tal como afirma Stephen Guest (*Ronald Dworkin*) la *tesis de la respuesta correcta* constituye una maniobra defensiva por parte de Dworkin, el que no parece comprometido en su defensa sino más bien en frenar los intentos de rechazarla apelando a supuestas razones de sentido común.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

publicada por Oxford University Press.[76] En ella se pueden encontrar algunas de las ideas con las que Dworkin guiará su producción académica en los años subsiguientes. Me refiero específicamente a la preocupación por dar sentido a las proposiciones jurídicas de manera diversa a como lo hace el positivismo jurídico.[77]

En "Political Judges and the Rule of Law" [*Jueces políticos y Estado de Derecho*] y "The Forum of Principle" [*El Foro de los Principios*] (ambos publicados en *AMP*) afirmó que los jueces deben tomar decisiones políticas al resolver cuestiones controvertidas, mostrando que esta tesis no se opone a ninguna concepción plausible de la democracia. Esto lo llevó a entablar un debate interesante con algunos constitucionalistas y filósofos políticos, entre los que destaca John Ely.

En "Principle, Policy, Procedure"[78] [*Principio, Directriz Política, Procedimiento*], Dworkin exploró cuál es el tipo de razones que se pueden hacer valer en el campo del derecho procesal (penal y civil) toda vez que las razones de principio o las de directrices políticas se muestran *prima facie* implausibles para justificar por sí solas las instituciones procesales. Indagó cuáles son los derechos procesales en el terreno del derecho penal y cuáles en el del derecho civil, a partir del concepto de perjuicio moral. Esta ampliación de su teoría de los derechos resulta sumamente interesante, toda vez que Dworkin no ha vuelto a considerar la cuestión en trabajos posteriores.

En otro hito importante en su producción, "Law as Interpretation"[79] [*Derecho como Interpretación*],[80] Dworkin presentó su concepción de la interpretación desarrollándola a partir de una analogía con lo que ocurre en el

[76] Dworkin, Ronald M. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977. Existe traducción al castellano de Javier Sáinz de los Terreros, *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

[77] *Cfr.* Patterson, Dennis, *Law and Truth*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

[78] Dworkin, Ronald M., "Principle, Policy, Procedure", *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, London and Boston, Butterworths, 1981, pp. 193-225, reimpreso en *A Matter of Principle*, *op. cit.*, pp. 72-103

[79] Dworkin, Ronald M., "Law as Interpretation", *Critical Inquiry*, vol. 9, 1982-83, pp. 179-200, reimpreso como "How Law is Like Literature" en *A Matter of Principle*, *op. cit.*, pp. 146-166, y en W. J. T. Mitchell (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago-Londres, University of Chicago Press, 1983. Existe traducción al castellano de Juan Manuel Pombo Abondano, "Cómo el derecho se parece a la literatura", en Rodríguez, César (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Santa Fé de Bogotá (Colombia), Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 143-180.

[80] En *AMP* se incorpora con el título "How law is like literature". La traducción al castellano toma como base esa edición, por lo que este artículo se titula "Cómo el derecho se parece a la literatura" en la deficiente edición colombiana de 1997.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

arte. Esta es la base de la concepción de la práctica jurídica como práctica esencialmente interpretativa que constituye el núcleo del giro hermenéutico que llevará a cabo en *LE*. Dworkin debió defender de inmediato su propuesta, ante los embates críticos de Stanley Fish.[81]

En 1985 se publica la segunda recopilación de artículos, *AMP*, que además de los trabajos antes mencionados, reúne algunos otros que anticipan el giro hermenéutico que caracterizará a la tercera etapa de su producción. Los diecinueve trabajos que componen la compilación se encuentran distribuidos por temas de la siguiente manera: (1) las bases políticas del derecho[82], (2) el derecho como interpretación[83]; (3) liberalismo y justicia;[84] (4) la visión económica del derecho,[85] (5) discriminación inversa;[86] y (6) censura y libertad de expresión.[87]

La edición casi simultánea de *LE* impidió que se desarrollara una discusión independiente en torno a estos trabajos, similar a la que sobrevino después de la publicación de *TRS*.[88] Entre los pocos trabajos dedicados

[81] Dworkin, "My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More", *op. cit.*

[82] Dworkin, "Political Judges and the Rule of Law", *Proceedings of the British Academy*, vol. 64., 1978, reimpreso en *A Matter of Principle*, *op. cit.*, pp. 9-32; "The Forum of Principle", *New York University Law Review*, vol. 56, 2-3, pp. 469-518, reimpreso en *A Matter of Principle*, *op. cit.*, pp. 33-71, y "Law's Ambitions for Itself. The 1984 McCorkle Lecture", *op. cit.*

[83] Dworkin, No Right Answer?", *op. cit.*; "Law as Interpretation", *op. cit.*; y On interpretation and objectivity", *op. cit.*

[84] Dworkin, Ronald M., "Liberalism", en Hampshire, Stuart, *Public and Private Morality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978, pp. 128-33. Reimpreso como "Liberalism", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 181-204. Existe traducción al castellano de Mercedes Córdoba, "El liberalismo", en Hampshire, Stuart (Comp.), *Moral pública y privada*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 133-167; "Why Liberals Should Believe in Equality?", *New York Review of Books*, 29, 1, 1983, pp. 32. Reimpreso como "Why Liberals Should Care about Equality", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, (reimpreso en 1986), pp. 205-213.

[85] Dworkin, "Is Wealth a Value?", *op. cit.*, y "Why Efficiency?", *op. cit.*

[86] Dworkin, Why Bakke Has No Case", *op. cit.*, ""The Bakke Decision: Did It Decide Anything?", *op. cit.* y How to Read the Civil Rights Act", *New York Review of Books*, 26, 20, (20-12-79), pp. 37-43. Reimpreso en *A Matter of Principle*, *op. cit.*, 1985, pp. 316-331.

[87] Dworkin, "The Rights of Myron Farber", *New York Review of Books*, 25, 16, 1978, pp. 34. Reimpreso como "The Farber Case: Reporters and Informers", *A Matter of Principle*, *op. cit.*, pp. 373-380. "Is the Press Losing the First Amendment?", *New York Review of Books*, 27, 19, 1980, pp. 49, reimpreso en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 381-397; "Do We Have a Right to Pornography?", *op. cit.*

[88] La escasa distancia temporal entre ambas ediciones hizo que Kent Greenawalt, por ejemplo, escribiera una reseña conjunta de ambas obras (*cfr.* "A Matter of Principle and Law's Empire. Book Reviews", *The Journal of Philosophy*, vol. LXXXIV, 5, 1987, pp. 284-291).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

específicamente al contenido de esta compilación, destacan los que escribieran Joseph Raz[89] y Jessica Lane.[90]

3. *Tercera fase (1986-2011)*

En 1986 Dworkin publicó la obra en la que presenta de forma sistemática su pensamiento iusfilosófico: *Law's Empire*. En un primer momento la obra generó cierta desilusión. El tono en el que estaba escrita resultaba poco técnico y riguroso, más apropiado para una obra de divulgación que para lo que los especialistas esperaban de ella.[91] También sorprendió la despreocupación expresa de Dworkin por hacer compatibles sus viejas tesis con los nuevos fundamentos que ofrecía en su libro (*LE:* viii). Pero de inmediato se reconoció su importancia, y actualmente es considerada una de las obras más importantes de la filosofía jurídica anglosajona de este siglo.[92]

El argumento que Dworkin desarrolla y defiende en LE se puede resumir de la siguiente manera:

(1) Las teorías semánticas del derecho, como el positivismo que defiende Hart, deben ser rechazadas porque no permiten explicar adecuadamente los desacuerdos entre juristas en los casos difíciles. El concepto de derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deben determinar lo que es el derecho en cada caso, interpretando la práctica de otros jueces cuando deciden lo que es el derecho. Las teorías generales del derecho constituyen a su vez interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial (*LE:* cap. 1).

(2) Interpretar significa mostrar al elemento interpretado haciendo de él lo mejor que puede ser. Por ello, el resultado de dicha actividad debe ajus-

[89] Raz, "Dworkin: A New Link in the Chain", *op. cit.*

[90] Lane, Jessica, "The Poetics of Legal Interpretation", *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987, pp. 197-216.

[91] Ver, Fentiman, Richard, "Law's Empire. Book Review", *The Cambridge Law Journal*, 1986, pp. 508-511; Hutchinson, Allan, "Indiana Dworkin and Law's Empire", *The Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 637-665.

[92] Las discusiones en torno a *LE* todavía siguen acaparando la atención de los especialistas. Ver Kramer, Matthew. "Also Among the Prophets: Some Rejoinders to Ronald Dworkin's Attacks on Legal Positivism", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XII, núm. 1, 1999, pp. 53-82; Kress, Keneth, "Coherentist Methodology is Morally Better than either its Proponents or its Critics Think (But Still not Good Enough)", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XII, núm. 1, 1999, pp. 83-108, y Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tarse al elemento interpretado y al mismo tiempo debe justificarlo, esto es debe mostrarlo en su mejor perspectiva (*LE:* cap. 2).

(3) Las diferentes interpretaciones generales de nuestra práctica constituyen distintas concepciones que pretenden explicar y justificar el uso que en nuestra práctica se hace de la fuerza pública (*LE:* cap. 3).

(4) Tanto el convencionalismo como el pragmatismo (versiones interpretativas del positivismo y del realismo respectivamente), deben ser rechazadas porque no se ajustan ni justifican adecuadamente nuestra práctica jurídica. (*LE:* cap. 4 y 5).

(5) La tercera concepción del derecho, defendida por Dworkin, se denomina "derecho como integridad". Se basa en la consideración de la integridad como virtud política en igual plano que la justicia, la equidad y el debido proceso. Esto se encuentra justificado por el hecho de ser esa virtud la que permite concebir a nuestra comunidad política como una asociación de principios (*LE:* cap. 6).

(6) El derecho como integridad se articula en torno al principio judicial de integridad. Este principio exige a los jueces que resuelvan los casos difíciles tratando de encontrar la mejor interpretación constructiva de la estructura política y de la doctrina jurídica de su comunidad, en algún conjunto coherente de principios respecto de los derechos y los deberes que tiene la gente en esa comunidad. Esta concepción presupone la existencia de una respuesta correcta y verdadera en los casos difíciles, que los jueces deben buscar, aunque su verdad no pueda ser demostrada y siempre constituya una cuestión controvertida (*LE:* cap. 7).

(7) El derecho como integridad no sólo justifica nuestras prácticas, sino que también se ajusta adecuadamente a la forma en que los jueces argumentan en los casos difíciles. Dworkin apuntala esta afirmación mostrando la forma en la que Hércules (juez hipotético que acepta el derecho como integridad y que sólo tiene en cuenta los compromisos con el derecho) resolvería casos que caen en la esfera del *common law* (*LE:* cap. 8), de diferentes estatutos (*LE:* cap. 9) y de una constitución escrita (*LE:* cap. 10).

(8) Finalmente, Dworkin sugiere que se debe distinguir entre integridad inclusiva e integridad pura. La integridad inclusiva se encuentra sujeta a los constreñimientos que la equidad y el debido proceso imponen al decidir lo que es el derecho. Es la que determina el contenido actual de nuestro derecho y constituye la guía en la labor de los jueces y juristas. La integridad pura, por otra parte, sólo toma en cuenta la dimensión de la justicia. Lo hace para mostrar cuál es el camino que debe seguir la práctica jurídica en su desarrollo, a los efectos de reformarse y acercarse al ideal de justicia que

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sólo parcialmente plasma. Esta tarea es la que constituye la principal labor de los filósofos políticos (*LE:* cap. 11).[93]

Los trabajos sobre teoría jurídica publicados por Dworkin en la década de los noventa no implican cambios sustanciales en las tesis básicas que fijara en *LE*. Muchos de ellos constituyen aplicaciones a problemas específicos surgidos en la práctica jurídica anglosajona. Otros, en cambio, pretenden defender su concepción del derecho, principalmente en el terreno de la interpretación constitucional, de las innumerables críticas a las que fuera sometida.

En *Life's Dominion* Dworkin reelaboró parte de sus escritos sobre la cuestión del aborto, desarrollando un marco genérico que permite entender mejor las acaloradas controversias que ha generado. Al mismo tiempo que le brinda la posibilidad de fundar la respuesta liberal a la cuestión. No entraré en detalles respecto de los argumentos que Dworkin presenta en este libro, pues será el ejemplo que ocupará por completo la atención en los capítulos 3 y 4 de este trabajo. Pero ellos constituyen una muestra más de la agudeza argumentativa de Dworkin y de su gran interés por tomar partido en los debates más candentes.

Freedom's Law contiene diecisiete trabajos dedicados a cuestiones muy concretas suscitadas en la práctica norteamericana. Se encuentran agrupados en tres grandes secciones denominadas: (1) vida, muerte y raza; (2) expresión, conciencia y sexo, y (3) jueces. Entre ellos destaca la introducción, en la que Dworkin sintetiza su posición respecto de la interpretación constitucional y la defiende de la principal crítica que se le ha formulado: su aparente oposición con el principio mayoritario requerido por la idea misma de democracia.

En 1996 se publica un trabajo relacionado con la posibilidad de defender con éxito posiciones escépticas en cuestiones valorativas: "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It"[94] [*Objetividad y Verdad: Es mejor que lo crean*] En el Dworkin se enfrenta nuevamente con las posiciones que niegan la posibilidad de que exista una respuesta correcta en las cuestiones interpretativas controvertidas, pero esta vez lo hace de una manera más general

[93] La literatura crítica sobre *LE* resulta inabarcable. Ver los ensayos contenidos en las recopilaciones de Hunt (*Reading Dworkin Critically*, New York-Oxford, Berg, 1992), Burley (*Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin*. Malden-Oxford-Carlton: Blackwell, 2004) y Hershovitz (*Exploring Law's Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2006.).

[94] Dworkin, Ronald M. "Objectivity and truth: you'd better believe it", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, núm. 2, 1996, pp. 87-139.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

y completa. Tal como hiciera en su momento en *LE* (pp. 76-85), argumenta en contra de las dos formas de escepticismo que considera defendibles: el escepticismo externo y el escepticismo interno. El escepticismo interno se caracteriza por negar la existencia de la verdad objetiva respecto de un grupo de afirmaciones valorativas apoyándose para ello en otros enunciados valorativos. Como constituye una posición moral sustantiva tiene implicaciones para la acción. El escepticismo externo, por el contrario, se caracteriza por su austeridad y NEUTRALIDAD. La austeridad significa que este tipo de escepticismo pretende fundarse en argumentos no-morales, no requiriendo en consecuencia la aceptación de ningún tipo de juicios valorativos. La neutralidad implica que esta forma de escepticismo no requiere tomar partido en las controversias valorativas.

Dworkin sostiene que el escepticismo externo, o arquimediano, posee grandes ventajas respecto del escepticismo interno. En el terreno popular es preferible pues favorece la tolerancia. En el plano técnico-filosófico puede ser mejor defendido pues permite evitar fácilmente la imputación de auto contradicción, de la que suele ser objeto el escepticismo interno. Pero a pesar de estas ventajas aparentes, Dworkin afirma que esta forma de escepticismo constituye una posición filosófica errónea e indefendible. Para ello argumenta en contra de las dos supuestas características que lo definen mostrando, como conclusión, que el único escepticismo que puede ser defendido en cuestiones interpretativas debe ser alguna variante del llamado escepticismo interno (véase, METODOLOGÍA DEL DERECHO).

Dworkin termina el artículo mostrando cómo la defensa de este tipo de escepticismo en el campo del derecho requiere la construcción de teorías abstractas mucho más complejas y arraigadas en las características del dominio jurídico que las que de hecho existen. Toda apelación al sentido común o a la practicidad en su apoyo resulta más cómica que persuasiva. El título del artículo resume de alguna manera la estrategia general de Dworkin en lo que atañe a la objetividad en cuestiones valorativas: si hay algo en lo que no podemos evitar creer, lo mejor es creerlo. Esta línea es la que lo ha llevado a desarrollar una ambiciosa argumentación con el fin de unificar sus argumentos en la obra recientemente publicada *Justice for Hedgehogs*.

4. *Los fundamentos del liberalismo (1978-2011)*

El liberalismo no es una doctrina monolítica, sino un conjunto de teorías políticas que poseen entre sí lo que Wittgenstein denominó un "aire de familia". Esto significa que poseen similitudes y diferencias que se entrecru-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

zan como ocurre con los rasgos en los miembros de una familia.[95] Según Rosenkrantz podemos identificar, a pesar de las diferencias, un conjunto de ideas sobre cómo organizar las instituciones políticas y sobre cómo fundamentar estas posiciones, que caracterizarían a toda teoría política liberal. Las ideas referentes a la organización política son (1) la afirmación de que el gobierno debe ser limitado, (2) la concepción de los derechos subjetivos como barrera a la interferencia estatal; y (3) la insistencia en la democracia como forma de gobierno. Las ideas filosóficas sobre las que se asientan son principalmente dos: (1) el ecumenismo, porque intentan justificar el orden social liberal frente a todos los sujetos determinados a vivir en él; y (2) la independencia, porque intentan justificarlo sin presuponer ninguna concepción sobre el valor de la vida.

La necesidad de justificar la tolerancia liberal ha llevado a distintos intentos filosóficos de fundamentar las teorías liberales de la justicia de forma discontinua, o independiente, respecto de cualquier forma de ideal ético en particular. El objetivo es elaborar una teoría de lo correcto en materia política capaz de ser compartida por gente que disienta profundamente en sus creencias particulares respecto de lo que es correcto en la esfera individual. Por ello, muchos filósofos han considerado que la única manera de lograr este objetivo es independizando la teoría liberal de cualquier tipo de idea respecto del mejor modo de vivir.[96]

En esta línea se enmarca el primer trabajo importante en el que Dworkin se planteó el problema de hallar una fundamentación adecuada para el liberalismo político: "Liberalism"[97] [*Liberalismo*]. En él sostuvo que el liberalismo podía ser caracterizado por poseer una moral política constituyente, consistente en una concepción particular de la igualdad. Ella exigiría que el gobierno, para tratar a sus ciudadanos como iguales, se mantuviese neutral respecto de las distintas concepciones en torno a lo que constituye un buen plan de vida. Esto es lo que permitiría identificar y distinguir al liberalismo de otras teorías políticas, entre ellas el conservadurismo.

Dworkin rechazó con posterioridad explícitamente los argumentos vertidos en este trabajo, por considerar que en ellos confundió un axioma del liberalismo con uno de sus teoremas.[98] Sin embargo, la idea de que el núcleo del liberalismo reside en una concepción particular de la igualdad

[95] *Cfr.*, Ackerman, Liberalismos políticos", *op. cit.*
[96] *Cfr.* Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*,
[97] Dworkin, "Liberalism", *op. cit.*
[98] Dworkin, "Why Liberals Should Believe in Equality?", *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

continuó siendo una de las tesis definitorias de su concepción liberal de la justicia.[99]

De los últimos trabajos publicados por Dworkin sobre esta cuestión,[100] podemos inferir que su teoría de la justicia presentará dos características principales. En primer lugar consistirá en un refinamiento de la noción de igualdad, en el sentido que puede apreciarse en la serie de cuatro artículos que Dworkin ha dedicado al tema.[101] La justicia exige al Estado que trate a los individuos con igual respeto y consideración. Elucidar lo que esto implica constituye, por ende, un primer paso esencial en la construcción de una teoría de la justicia.

La segunda característica se relaciona con la estrategia de fundamentación a utilizar. En las *Conferencias Tanner* editadas en 1990,[102] Dworkin ha abandonado el intento de justificar al liberalismo político de forma discontinua. En su última versión sostuvo que la teoría política liberal debe ser defendida enlazándola con la ética, esto es mostrando su dependencia respecto de la aceptación de determinada concepción abstracta del significado de una buena vida.[103]

Según Dworkin, el liberalismo se caracteriza por insistir en que la libertad, la igualdad y la fraternidad, son aspectos complementarios de una concepción unificada de la política, por lo que no podemos entender ninguno de ellos con independencia de los demás. Considera un rasgo definitorio del liberalismo la tesis que afirma que el gobierno debe ser tolerante respecto de las diversas y antagónicas convicciones que tienen sus ciudadanos sobre la manera correcta de vivir. Esto es que el gobierno debe mantenerse neutral respecto de los distintos planes de vida que la gente escoge vivir. Sin embargo, disiente respecto de la estrategia que los filósofos liberales han seguido hasta el momento para fundamentar al liberalismo. La tesis de Dworkin es que se lograría una mejor fundamentación si se intentara vincular las tesis políticas liberales con una concepción definida acerca de la naturaleza y carácter de la buena vida. Ya que esto permitiría establecer

[99] Dworkin, "What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *op. cit.*; "What Is Equality? Part 2: Equality of Resources", *op. cit.*;

[100] Dworkin, "Liberal Community", *op. cit.*; *Foundations of Liberal Equality. The Tanner Lectures on Human Values*, *op. cit.*, "Justice and the Good Life", *op. cit.*,

[101] Dworkin, "What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *op. cit.*; "What Is Equality? Part 2: Equality of Resources", *op. cit.*; "What Liberalism Isn't", *op. cit.*, In Defense of Equality", *op. cit.*, "What Is Equality? Part 3: The Place of Liberty", *op. cit.*, y "What Is Equality? Part 4: Political Equality", *op. cit.*

[102] Dworkin, *Foundations of Liberal Equality. The Tanner Lectures on Human Values, op. cit.*

[103] Dworkin, Ronald M., "Justice and the Good Life", *The Lindley Lecture*, University of Kansas, April 17, 1990, pp. 1-17.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

una continuidad entre los principios de moralidad política liberales y una concepción atractiva acerca de la buena vida.[104] Dworkin compiló todos sus trabajos sobre teoría política en el libro *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*.

III. Las influencias

1. *En Dworkin*

Es muy difícil establecer con claridad cuáles son los filósofos o las obras más influyentes en el pensamiento de Dworkin. Su estilo personal de filosofar, que consiste en afrontar los problemas concretos sin preocuparse demasiado por las otras fuentes a las que debe acudir para resolverlos, impide hablar de una corriente filosófica o de un filósofo del pasado que posea carácter dominante en su pensamiento. A esto se debe sumar su reticencia a admitir ningún tipo de influencia[105] y su costumbre de reconocer inspiración en ciertas obras que luego no se ven reflejadas en el desarrollo de sus argumentos.[106]

Sin embargo, si tomamos la noción de influencia en un sentido débil, podemos citar una serie de teóricos que sin duda han ejercido cierto influjo en sus ideas. Muchos de ellos no son filósofos del derecho, sino filósofos del lenguaje o economistas. Estas influencias varían de intensidad, y el efecto que la obra de estos pensadores puede haber producido en el trabajo de Dworkin resulta una cuestión altamente controvertida.

[104] *Idem.*

[105] Stick, "Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretative Turn in *Law's Empire*", *op. cit.*, p. 374.

[106] Existen dos ejemplos muy claros al respecto. Cuando Dworkin distingue entre *conceptos* y *concepciones*, cita en su apoyo un artículo de Gallie ("Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1956, pp. 167-198.). Sin embargo, el tratamiento que hace de la cuestión no resulta en ningún aspecto relevante similar al que hiciera aquel (*cfr.* Raz, "Dworkin: A New Link in the Chain", *op. cit.*). El segundo es la remisión al libro clásico de Lewis (*Convention. A Philosophical Study*, Oxford, Blackwell, 1969.) cuando critica al convencionalismo en *LE* (Cap. 4). En ningún momento de su exposición utiliza la caracterización de convención que constituye el eje de esa obra, la que ya había sido aplicada al derecho por otros autores (*cfr.* Postema, Gerald, "Coordination and Convention at the Foundations of Law", *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, pp. 165 y ss., Ullman-Margalit, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford, Clarendon, 1977).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

No entraré en disputas de esta naturaleza. Considero que dedicar un gran esfuerzo a determinar el grado de influencia que pudo tener un pensador u otro sobre la obra de Dworkin no resulta de especial utilidad para comprender su propuesta teórica.[107] Sólo me limitaré a mencionar algunos trabajos que, sin duda alguna, han sido importantes para la formación de su pensamiento y el tipo de influencia que, a mi entender, han ejercido.

Es obvio que tanto *TCL* de H. L. A. Hart y *A Theory of Justice* [*Una Teoría de la Justicia*] de John Rawls[108] han sido muy relevantes para el trabajo de Dworkin. Entre ambos crearon el gran marco conceptual en el que se ha desarrollado su producción. Hart introdujo, como se ha dicho, el análisis del lenguaje ordinario como herramienta metodológica en la filosofía del derecho, mientras que Rawls opuso al utilitarismo una concepción de la justicia como articulación de principios políticos. También es cierto que Dworkin ha trascendido aquellos aspectos heredados de estos autores al introducirlos en la concepción hermenéutica de las prácticas políticas y jurídicas que ha desarrollado a lo largo de los años.

La obra de Quine y Davidson puede percibirse como trasfondo en ciertos argumentos, lo mismo que algunos trabajos de Bernard Williams, especialmente aquellos en los que desarrolla sus ideas en torno a la igualdad y sus críticas al utilitarismo.

Gareth Evans y Thomas Nagel, con los que Dworkin ha dictado un gran número de seminarios en conjunto, también han sido muy influyentes. Según afirma Stephen Guest, Gareth Evans fue quien indujo a Dworkin a convencerse de que en otras disciplinas, además del derecho, se aceptaba que ciertas proposiciones podían ser verdaderas, aun cuando no se pudiera contar con ninguna demostración o prueba de las mismas.[109] También pueden mencionarse a Derek Parfit, Joseph Raz, John Finnis, Gerald Cohen y Amartya Sen, todos ellos compañeros de Dworkin en Oxford.[110]

2. *De Dworkin*

La crítica que Dworkin formuló a la teoría de Hart en "The Model of Rules" produjo una división en las filas del positivismo anglosajón.[111] El argu-

[107] En el mismo sentido, Guest, *Ronald Dworkin*, *op. cit.*, p. 5-7.

[108] Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*

[109] Guest, *Ronald Dworkin*, *op. cit.*, p. 6.

[110] Para un desarrollo mayor de estas cuestiones consultar Guest, *Ronald Dworkin*, *op. cit.*

[111] Ver en este sentido Greenawalt, Kent, "A Matter of Principle and Law's Empire. Book Reviews", *The Journal of Philosophy*, vol. LXXXIV, núm. 5, 1987, pp. 284-291; Kranenberg, J., "Legal Positivism Divided", *Current Legal Theory*, vol. 15, núm. 1, 1997, pp.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

mento central de Dworkin, tal como surge de la reconstrucción realizada anteriormente (supra III.1.2), sostiene que en los casos difíciles los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas apelando a principios. El POSITIVISMO JURÍDICO debía ser rechazado porque resultaba incapaz de explicar esta característica del razonamiento judicial sin renunciar a sus tesis básicas. Especialmente la llamada *prueba de pedigrí*, que en la teoría de Hart era proveída por la Regla de Reconocimiento.

A grandes rasgos podemos identificar dos líneas, que han sido denominadas de diferentes maneras a lo largo de las discusiones, de acuerdo a la posición que asumen respecto de la incorporación de los principios de moralidad como condición de validez jurídicas:

(1) Positivismo jurídico excluyente, no-incorporacionista o duro. El principal representante de esta línea es Joseph Raz.[112] En ella se responde al desafío de Dworkin afirmando que se puede explicar como los principios jurídicos adquieren su validez jurídica de la misma forma que se hace con las reglas, esto es a través de los criterios que establece la regla de reconocimiento. En pocas palabras, esta vertiente del positivismo no se compromete con un modelo de reglas, pero para ello no cree necesario abandonar la doctrina de la regla de reconocimiento ni la separación estricta entre derecho y moral.

(2) Positivismo jurídico incluyente, incorporacionista o blando. Después de la publicación del Postscript a *TCL* se puede decir que el representante más importante de esta corriente es el propio Hart.[113] También aceptan que la regla de reconocimiento puede incluir principios de la misma manera que reglas. Sin embargo, difieren en la forma en la que entienden el impacto de esta inclusión. Las condiciones de validez de un sistema jurídico quedan establecidas de dos maneras: algunas pautas pertenecen al sistema por su origen y otras por sus contenidos morales.[114]

3-23; y Sebok, Anthony, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 1998, p. 267.

[112] Raz, Joseph, "Authority, Law and Morality" *The Monist*, vol. 68, 1985, reimpreso en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 210-209.

[113] *TCL*, p. 238-275.

[114] Pueden considerarse positivistas incorporacionistas a Coleman ("Negative and positive positivism", *Journal of Legal Studies*, vol. 11, January, 1982, pp. 139-164); Lyons ("Principles, Positivism, and Legal Theory", *op. cit.*, y "Moral Aspects of Legal Theory", *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 7, 1982.), Sartorius ("Social Policy and Judicial Legislation", *American Philosophical Quarterly*, vol. 8, 1971, pp. 151-60, y *Individual Conduct and Social Norms*, Encino, Cal., Dickenson, 1975, pp. 181-210), Schauer ("Positivism Through Thick and Thin", en

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Esta presentación puede resultar sumamente esquemática, pero alcanza para mostrar la gran influencia que ha ejercido la crítica de Dworkin en el pensamiento iusfilosófico anglosajón. Dworkin ha respondido a esta reacción positivista, en sus dos vertientes, en un interesante artículo publicado en *Harvard Law Review*.[115]

IV. Bibliografía

Siguiendo la filosofía que inspira esta obra colectiva, he dividido esta sección en tres partes. En la primera haré una breve referencia a las obras del autor y de sus críticos que considero que un lector podría utilizar para iniciarse en el estudio del pensamiento de Dworkin. En la segunda, presentaré las referencias utilizadas a lo largo del texto, separando las obras de Dworkin de las del resto de los autores consultados. Esta presentación ha sido pensada para que el apartado bibliográfico pudiera servir como herramienta de trabajo para el investigador interesado en profundizar en el tema.

1. *Bibliografía recomendada*

El lector hispanoparlante interesado en la obra de Dworkin debería comenzar a profundizar en su pensamiento utilizando la traducción *Los Derechos en Serio*. Un texto sumamente útil para aquellos que quieran ver la conexión de las tesis más abstractas de Dworkin con la solución a dar a problemas específicos de constitucionalidad es *El dominio de la vida* . La traducción de *El imperio de la justicia* hace su lectura un tanto problemática, por lo que no resulta aconsejable acercarse a sus páginas sin tener conocimiento de los materiales originales. Aquellos interesados en las ideas políticas de Dworkin deberíana acudir a *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*.

Bix, Brian (Ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 65-78., y Waluchow ("Herculean Positivism", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 5, 1984, pp. 187-210; "The Weak Social Thesis", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1989, pp. 23-55, e, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon, 1994), entre otros.

[115] "Thirthy Years on", *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

2. *Referencias bibliográficas*

A. Obras de Ronald Dworkin (En Orden Cronológico)

"Judicial Discretion", *The Journal of Philosophy*, vol. 60, 1963.

"Wasserstorm: The Judicial Decision", *Ethics*, vol. 75, 1964, 47-56. Reeditado como "Does Law have a Function? A Comment of the Two-Level Theory of Decision", *Yale Law Journal*, vol. 74, 1965.

"Philosophy, Morality and Law – Observations prompted by Professor Fuller's Novel Claim", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113, 1965.

"Lord Devlin and the Enforcement of Morals", *Yale Law Journal*, vol. 75, 1966, pp. 986-1005. Reimpreso como "Liberty and Moralism", *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978).

"The model of rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1977, pp. 14-46. Reimpreso como "The Model of Rules I", *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978); y con el título "Is Law a System of Rules?" en Dworkin, Ronald (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

"On Not Prosecuting Civil Disobedience", *New York Review of Books*, 10, 11, 1968. Reimpreso como "Civil Disobedience", *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978).

"Taking Rights Seriously", *New York Review of Books*, 15, 11, 1970, pp. 23. Reimpreso como "Taking Rights Seriously", *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978).

"Social Rules and Legal Theory", *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 855-890. Reimpreso como "The Model of Rules II", *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978), pp. 46-80.

"Hard Cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975. Reimpreso en *Taking Rights Seriously*.

"The Defunis Case: The Right to Go to Law School", *New York Review of Books*, 23, 1, 1976. Reimpreso como "Reverse Discrimination", *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978).

"The DeFunis Case: An Exchange", *New York Review of Books*, 23, 12, 1976.

Taking Rights Seriously, Londres, Duckworth, 1977, (2da edición, con apéndice, 1978). Existe traducción al castellano de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

(Editor), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977. Existe traducción al castellano de Javier Sáinz de los Terreros, *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

"Seven Critics", *University of Georgia Law Review*, vol. 11, núm. 1, 1977, pp. 1201-1267. Reimpreso con modificaciones importantes en *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978).

"No Right Answer?", en Hacker, P.M.S. & Raz, J. (eds), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford Universtiy Press, 1977. Reimpreso como "Is There Really No Right Answer in Hard Cases?" en Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985. Existe traducción al castellano de Maribel Narváez Mora, "¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?", en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.

"What Rights Do We Have?", *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978).

"Can Rights be Controversial?", *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978).

"Why Bakke Has No Case", *New York Review of Books*, 24, 18, 1977, pp. 11. Reimpreso como "Bakke's Case: Are Quotas Unfair?", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

"Liberalism", en Hampshire, Stuart, *Public and Private Morality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978. Reimpreso como "Liberalism", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985. Existe traducción al castellano de Mercedes Córdoba, "El liberalismo", en Hampshire, Stuart (Comp.), *Moral pública y privada*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1983.

"A Reply to Critics", *Taking Rights Seriously*, 2d. ed., Londres, Duckworth, 1978.

"Political Judges and the Rule of Law", *Proceedings of the British Academy*, vol. 64., 1978, Reimpreso en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

"The Bakke Decision: Did It Decide Anything?", *New York Review of Books*, 24, 13, 1978, pp. 20. Reimpreso como "What Did *Bakke* Really Decide?", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

"The Rights of Myron Farber", *New York Review of Books*, 25, 16, 1978, pp. 34. Reimpreso como "The Farber Case: Reporters and Inform-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ers", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, (reimpreso en 1986).

"The Bakke Case: An Exchange", *New York Review of Books*, 24, 21-22, 1978.

"How to Read the Civil Rights Act", *New York Review of Books*, 26, 20, 1979, (20-12-79). Reimpreso en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

"Is Wealth a Value?", *The Journal of Legal Studies*, 9, March, 1980, pp. 191-226. Reimpreso en "Is Wealth a Value?", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985. El original contiene un postscript en el que se rebaten algunas críticas de Posner (1980) que no fue incorporado en la edicion posterior.

"Why Efficiency?", *Hofstra Law Review*, 8. Reimpreso en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

"Is the Press Losing the First Amendment?", *New York Review of Books*, 27, 19, 1980. Reimpreso en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

"What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, núm. 3, 1981, 185-246. Reimpreso en *Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, cap. 1.

"What Is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, núm. 4, 1981, 283-345. Reimpreso en *Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, cap. 2.

"The Forum of Principle", *New York University Law Review*, vol. 56, 2-3, 1981, pp. 469-518. Reimpreso en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

"Principle, Policy, Procedure", *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, London and Boston, Butterworths, 1981. Reimpreso en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

"Do We Have a Right to Pornography?", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1981. Reimpreso en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985; y como "Rights as Trumps" en Waldron, J., (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984.

"Law as Interpretation", *Critical Inquiry*, vol. 9, (1982-83). Reimpreso como "How Law is Like Literature" en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, y en W. J. T. Mitchell (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago-Londres, University of Chicago Press,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

1983. Existe traducción al castellano de Juan Manuel Pombo Abondano, "Cómo el derecho se parece a la literatura", en Rodríguez, César (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Santa Fé de Bogotá (Colombia), Siglo del Hombre Editores, 1997.

"'Natural' Law Revisited", *University of Florida Law Review*, vol. 34, 2, 1982, 165-188. Existe traducción al castellano, "Retorno al derecho 'natural'", en Betegón, Jerónimo y Páramo, Juan Ramón de, *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel.

"My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More", en W. J. T. Mitchell (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago-Londres, University of Chicago Press, 1983.

"Why Liberals Should Believe in Equality?", *New York Review of Books*, 29, 1, 1983. Reimpreso como "Why Liberals Should Care about Equality", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, (reimpreso en 1986).

"To Each His Own", *New York Review of Books*, 30, 6, 1983, pp. 4. Reimpreso como "What Justice Isn't", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, (reimpreso en 1986).

"A Reply by Ronald Dworkin", en Cohen, Marshall, (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, New Jersey, Rowman & Allanheld, 1983.

"What Liberalism Isn't", *New York Review of Books*, 29, 21-22, 1983.

"In Defense of Equality", *Social Philosophy and Policy*, vol. 1, 1983, 24.

"Spheres of Justice: An Exchange", *New York Review of Books*, 30, 12, 1983.

"Reagan's Justice", *New York Review of Books*, 31, 17, 1984.

A Matter of Principle, Oxford, Oxford University Press, 1985. Existe traducción al castellano de Victoria Boschiroli, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.

"On interpretation and objectivity", en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

"Civil Disobedience and Nuclear Protest", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

"Can a Liberal State Support Art?", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

"Law's Ambitions for Itself. The 1984 McCorkle Lecture", *Virginia Law Review*, vol. 71, núm. 2, 1985.

"Reagan's Justice: An Exchange", *New York Review of Books*, 31, 2, 1985.

"Art as a Public Good", *Art and the Law*, vol. 9, 1985, 143.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Law's Empire, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986. Existe traducción al castellano de Claudia Ferrari, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.

"The Press on Trial", *The New York Review of Books*, 34, 3, february 26, 1987. Reimpreso en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

"The Bork Nomination", *The New York Review of Books*, 34, 13, august 13, 1987. Reimpreso como "Bork: The Senate's Responsibility", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

"From Bork to Kennedy", *The New York Review of Books*, 34, 20, december 17, 1987. Reimpreso como "What Bork's Defeat Mean", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

"Legal Theory and the Problem of Sense", en Gavison, Ruth, (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

"What Is Equality? Part 3: The Place of Liberty", *Iowa Law Review*, vol. 73, 1987. Reimpreso en *Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, cap. 3.

"What Is Equality? Part 4: Political Equality", *University of San Francisco Law Review*, vol. 22, núm. 1, 1987. Reimpreso en *Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, cap. 4.

"The Bork Nomination", *New York Review of Books*, 34, 17, 1987.

"The Bork Nomination: An Exchange", *New York Review of Books*, 34, 15, 1987.

"The Great Abortion Case", *The New York Review of Books*, 36, 11, june 29, 1989. Reimpreso como "*Roe* in Danger", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press; y como "Taking Rights Seriously in the Abortion Case", *Ratio Iuris*, vol. 3, núm. 1, (1990).

"The Future of Abortion", *The New York Review of Books*, 36, 14, september 28, 1989. Reimpreso como "Verdict Postponed", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 60-71.

"Liberal Community", *California Law Review*, vol. 77, núm. 3, 1989. Reimpreso en *Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, cap. 5. Existe traducción al caste-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

llano, *La comunidad liberal*, Santa Fé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1996. Traducción de Claudia Montilla.

A Bill of Rights for Britain. Why British Liberty Needs Protecting, London, Chatto & Windus, 1990. Reimpreso en forma abreviada como capitulo 18 en la edición inglesa de *Freedom's Law* (Oxford, Oxford University Press, 1996).

"Bork's Jurisprudence", *University of Chicago Law Review*, vol. 57. Reimpreso como "Bork's Own Postmortem", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Foundations of Liberal Equality. The Tanner Lectures on Human Values XI, Salt Lake City, Utah, Utah University Press, 1990. Existe traducción al castellano, *Etica privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós-ICE/UAB, 1993. Traducción de Antoni Domenech. Versión abreviada y resumida con el título "Equality and the Good Life" en *Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, cap. 6.

"Justice and the Good Life", *The Lindley Lecture*, University of Kansas, April 17, 1990.

"Justice for Clarence Thomas", *The New York Review of Books*, 38, november 7, 1991, Reimpreso como "The Thomas Nomination", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

"Pragmatism, Right Answers and True Banality", *Pragmatism in Law and Society*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1991.

"Unenumerated Rights: Whether and How *Roe v. Wade* Should be Overruled", *University of Chicago Law Review*, vol. 59. 1992, Reimpreso como "What the Constitution Says", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

"The Center Holds!", *The New York Review of Books*, august 13, 1992. Reimpreso como "*Roe* Was Saved", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

"The Coming Battles over Free Speech", *The New York Review of Books*, june 11., 1992. Reimpreso como "Why Must Speech Be Free?", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

"One Year Later, the Debate Goes On", *The New York Review of Books*, october 25, 1992. Reimpreso como "Anita Hill and Clarence Thom-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

as", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom, New York, Alfred A. Knopf, 1993. Existe traducción al castellano de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, *El dominio de la vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994.

"MacKinnon's Words. Addendum", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1994, pp. 239-243. Edición original como carta al editor, *The New York Review of Books*, march 3.

"Academic Freedom", (borrador inédito, Reading for the Program for the Study of Law, Philosophy & Social Theory, New York University, School of Law, 22 de septiembre de 1994). Parte de este material se incorpora en Dworkin 1996c.

"The Moral Reading and the Majoritarian Default", (borrador inédito, Reading for the Program for the Study of Law, Philosophy & Social Theory, New York University, School of Law, 23 de noviembre de 1994.). Parte de este material se incorpora como introducción en *Freedom's Law.*

"The Unbearable Cost of Liberty", *Index on Censorship*, vol. 24, núm. 3, may-june, 1995. Reimpreso como "Pornography and Hate. Addendum", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996. La edición inglesa incluye un capítulo más en el que se incorpora una versión más breve de Dworkin 1990a con el título "Does Britain Need a Bill of Rights?" (Oxford, Oxford University Press, 1996).

"Objectivity and truth: you'd better believe it", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, núm. 2, 1996.

"Why Academic Freedom?", *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996. Reimpreso como "We Need a New Interpretation of Academic Freedom", en Menand, Lois, (ed.), *Academic Freedom and Its Future*, Chicago, Chicago University Press, 1996.

"Comment" (a A. Scalia "Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws"), en Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Federal Courts and the Law, Princeton, Princeton University Press, 1997.

Sovereing Virtue: Theory and Practice of Equality, Cambridge, Harvard University Press, 2000. Traducción al castellano *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.

"Thirty Years On.", *Harvard Law Review*, vol. 115, No. 6, Abril, 2001.

Justice in Robes, Cambridge, Harvard University Press, 2006. Existe traducción, *La justicia con toga*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

La democracia posible. Principios para un nuevo debate político, Barcelona, Paidós, 2008.

Justice for Hedgehogs. Cambridge-London: The Belknap Press, 2011.

B. Obras citadas de otros autores

ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1990. Existe traducción al español. *La Justicia Social en el Estado Liberal*, Madrid, CEC, 1993,. Traducción e Introducción de Carlos Rosenkrantz.

_____, "Liberalismos políticos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 17-18, 1995.

ALLAN, James, *A Sceptical Theory of Morality and Law*, New York, Peter Lang, 1998.

BAYLES, Michael, *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1992.

BELL, Richard, "Understanding the Model of Rules: Toward a Reconciliation of Dworkin and Positivism", *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972.

BONORINO, Pablo, *Dworkin*, Lima, ARA, 2010.

BURLEY, Justine, (ed.) *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin*. Malden-Oxford-Carlton: Blackwell, 2004.

BURTON, Steven, "Ronald Dworkin and Legal Positivism", *Iowa Law Review*, vol. 109, 1984.

CALABRESI, Guido, *The Cost of Accidents*, New Haven, Yale University Press, 1970.

_____, "About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin", *Hofstra Law Review*, vol. 8, 1980.

CARRIÓ, Genaro, "Professor Dworkin's View on Legal Positivism", *Indiana Law Journal*, vol. 55, 2, 1980.

COLEMAN, Jules, "Negative and positive positivism", *Journal of Legal Studies*, vol. 11, January, 1982.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

FENTIMAN, Richard, "Law's Empire. Book Review", *The Cambridge Law Journal*, 1986.

FISH, Stanley, "Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism", *Critical Inquiry*, vol. 9, 1982-83.

_____, "Wrong Again", *Texas Law Review*, vol. 62, 1983, pp. 299.

_____, "Still Wrong After All These Years", *Law and Philosophy*, vol. 6, N°3, 1987.

_____, "Almost Pragmatism: The Jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dworkin", Brint, Michael and Weaver, William (ed.) *Pragmatism in Law and Society*, Boulder, Colorado, Westview, 1991.

FULLER, Lon L., "Human purpose and natural law". *The Journal of Philosophy*, vol. 53, 1956.

_____, "Positivism and Fidelity to Law -A Reply to Professor Hart". *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958.

GABEL, Peter, "Taking Rights Seriously. Book Review", *Harvard Law Review*, vol. 91, 1977.

GALLIE, W. B., "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 195.

GAVISON, Ruth, Comment on *Legal Theory and the Problem of Sense*", en *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

GREENAWALT, Kent, "A Matter of Principle and Law's Empire. Book Reviews", *The Journal of Philosophy*, vol. LXXXIV, núm. 5, 1987.

_____, "Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism", en George, P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 1-30.

GRICE, P. y STRAWSON, P. F., "In defense of a dogma", *Philosophical Review*, vol. 65, 1966.

GUEST, Stephen, *Ronald Dworkin*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1992.

_____, 1997. *Ronald Dworkin*, 2a. ed., Edinburgh, Edinburgh University Press.

HART, H. L. A., *The Concept of Law,* Oxford, Clarendon Press, 1961. Traducción de Genaro Carrió. *El concepto de derecho*, Bs. As., Abeledo Perrot, 193

_____, "Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976", *New York University Law Review*, vol. 51, 1976.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Georgia Law Review*, vol. 11, 5, 1977.

_____, "Between Utility and Rights", *Columbia Law Review*, vol. 79, 5, June, 1979.

_____, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

_____, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.

_____,"Comment on *Legal Theory and the Problem of Sense*", en Gavison, Ruth, (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

_____, *The Concept of Law*, second edition, with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, 1994.

_____, *Post scríptum al concepto de derecho*. México: UNAM, 2000.

HERSHOVITZ, Scott, (ed.) *Exploring Law's Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

HUND, J., "New Light on Dworkin's Jurisprudence", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 75, núm. 4, 1989.

HUNT, Alan, (ed.) *Reading Dworkin Critically*, New York-Oxford, Berg, 1992.

HUTCHINSON, Allan, "Indiana Dworkin and Law's Empire", *The Yale Law Journal*, vol. 96, 1987.

HUTCHINSON, Allan y WAKEFIELD, John, "A Hard Look at Hard Cases", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1982.

KELSEN, Hans, "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Bs. As., Losada, 1941, pp. 207-238. Traducción de Eduardo A. Coghlan.

KRAMER, Matthew, "Also Among the Prophets: Some Rejoinders to Ronald Dworkin's Attacks on Legal Positivism", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XII, núm. 1, 1999.

KRANENBERG, J., "Legal Positivism Divided", *Current Legal Theory*, vol. 15, 1, 1997.

KRESS, Keneth, "Coherentist Methodology is Morally Better than either its Proponents or its Critics Think (But Still not Good Enough)", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XII, núm. 1, 1999.

LANE, Jessica, "The Poetics of Legal Interpretation", *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987.

LEWIS, David, *Convention. A Philosophical Study*, Oxford, Blackwell, 1969.

_____, "Radical Interpretation", *Synthese*, vol. 23, 1974.

LYONS, David, "Principles, Positivism, and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, vol. 87, 1977.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "Moral Aspects of Legal Theory", *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 7, 1982.

MACCORMICK, Neil, *H. L. A. Hart*, London, Edward Arnold, 1981.

_____, "Dworkin as Pre-Benthamite", en Cohen, Marshal (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, New Jersey, Rowman & Allanheld, 1982.

_____, "On Legal Decisions and their Consequences: From Dewey to Dworkin", *New York University Law Review*, vol. 58, 2, 1982.

MACKIE, J., *Ethics: Inventing Right and Wrong*, New York, Penguin Books, 1977.

_____, "The Third Theory of Law", en Cohen, Marshal (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, New Jersey, Rowman & Allanheld, 1982.

MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

_____, "No Easy Cases?", en Patterson, Dennis M., (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1992.

NINO, Carlos, "Dworkin and Legal Positivism", *Mind*, vol. LXXXIX, 1980.

PATTERSON, Dennis, *Law and Truth*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 2nd. ed., Boston, Little Brown. 1977.

_____, "The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman", *Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980.

_____, "Dworkin's Critique of Wealth Maximization", en *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981.

POSTEMA, Gerald, "Coordination and Convention at the Foundations of Law", *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982.

_____, "Meaning Holism", en Hahn, L.E. y Schilpp, P. (eds.), *The Philosophy of W. V. O. Quine*, La Salle, Ill., Open Court, 1986.

_____, "Are Moral Values Made or Discovered?", *Legal Theory*, vol. 1, 1995.

_____, Replies", *Legal Theory*, vol. 1, 1995.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971.

RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, (2da. ed. con Postcriptum, 1980), Oxford, Oxford University Press-Claredon Press, 1970.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "Authority, Law and Morality" *The Monist*, vol. 68, 1985. Reimpreso en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

_____, "Dworkin: A New Link in the Chain", *California Law Review*, vol. 74, 1986.

RAZ, Joseph y HACKER, P.M.S., eds. *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press-Claredon Press, 1977.

RICHARDS, David, "Taking *Taking Rights Seriously* Seriously: Reflections on Dworkin and the American Revival of Natural Law", *New York University Law Review*, vol. 52, 6, 1977.

SARTORIUS, Rolf, "Social Policy and Judicial Legislation", *American Philosophical Quarterly*, vol. 8, 1971.

_____, *Individual Conduct and Social Norms*, Encino, Cal., Dickenson, 1975.

SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

SCANLON, Thomas, "Partisan for Life", *New York Review of Books*, s.d., 1993.

SCHAUER, Frederick, "Easy Cases", *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985.

_____, "Positivism Through Thick and Thin", en Bix, Brian (Ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

SEBOK, Anthony, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 1998.

SOPER, Philip, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute", *Michigan Law Review*, vol. 75, 1976-77.

STAVROPOULOS, Nicos, *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

STICK, John, "Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretative Turn in *Law's Empire*", *UCLA Law Review*, vol. 34, 1985.

ULLMAN-Margalit, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford, Clarendon, 1977.

WALUCHOW, Wilfrid, "Herculean Positivism", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 5, 1985.

_____, "The Weak Social Thesis", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1989.

_____, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon, 1994.

WALZER, Michael, *Spheres of Justice*, New York, Basic Books, 1983. Existe traducción al castellano en Fondo de Cultura Económica de México.

_____, "Spheres of Justice: An Exchange", *New York Review of Books*, 30, 1983, 12.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 9

DERECHO Y ARGUMENTACIÓN. EL PUESTO DE LA RAZÓN EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Yezid Carrillo de la Rosa*

Sumario: I. *Lugar y Límites de la Razón Analítica en el Derecho.* II. *El lugar de la tópica en el derecho*. III. *El Puesto de la Retórica en el derecho*. IV. *Técnicas argumentativas y clases de argumentos*. V. *El Puesto de la Razón Práctica en el Derecho*. VI. *Reglas, Formas y Límites del Discurso Práctico General*. VII. *Reglas, Formas y Límites de la Argumentación Jurídica.* VIII. *Racionalidad, Lenguaje y Argumentación*. IX. *Bibliografía*.

Durante mucho tiempo, alucinados por el auge de las ciencias físico-matemáticas, se quiso someter la actividad del jurista a los postulados de la razón teórica. Hoy, es un lugar común tratar los problemas jurídicos como asuntos prácticos que exigen deliberación y el uso de argumentos persuasivos. Las teorías de la argumentación jurídica constituyen, sin lugar a dudas, la mejor respuesta dada hasta ahora a la pregunta por el lugar de la razón práctica en la fundamentación de las decisiones judiciales.

I. Lugar y límites de la razón analítica en el derecho

Los primeros intentos de construir un discurso jurídico a imagen y semejanza de la ciencia moderna se dio en el siglo XVI con la teoría del derecho natural racionalista (véase, IUSNATURALISMO CLÁSICO) que pensó hacer de la filosofía del derecho una ciencia natural del derecho y que influenciada por el concepto racionalista de ciencia, intentó conocer el derecho justo

* Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 325-361.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

o correcto asumiendo el modelo de conocimiento de las nacientes ciencias. El problema de si es posible o no hacer de la tarea del juez o del jurista una ciencia como la matemática, la lógica o las ciencias naturales, es propia de la mentalidad positivista que se gesta en el siglo XIX. Así, bajo la influencia del positivismo jurídico formalista: la exégesis y el conceptualismo alemán construyen muy buenos ejemplos de ello. También la teoría general del derecho que surgió mitad del siglo XIX, quiso, apoyada en la lógica tradicional, construir una ciencia jurídica formal en sustitución de la llamada dogmática jurídica. Como reacción a la tendencia formalista surge al interior de la corriente POSITIVISTA una postura que quiso equiparar la labor a la sociología cuyo modelo epistemológico lo constituían las ciencias sociales o culturales (véase, POSITIVISMO CLÁSICO). Ello sin embargo no deja de traer serios inconvenientes, especialmente al desnaturalizar la actividad específica del jurista e identificarlas con la del investigador social. Las teorías epistemológicas que se desarrollaron en el siglo XX mostraran que el concepto de racionalidad rebasa los límites de la razón teórica, que defendió el positivismo decimonónico y el neopositivismo, y que en ella debemos incluir la razón práctica, que no tiene como objeto realizar demostraciones ni establecer conclusiones apodícticas, sino guiar las deliberaciones en las controversias, facilitar la elaboración y formulación de argumentos no necesarios que tienen carácter persuasivo y la toma de decisiones.

No sólo las críticas surgidas en el ámbito teórico-epistemológico hacían insostenible la noción de racionalidad defendida por el positivismo. También las circunstancias históricas que se experimentaron en la primera mitad del siglo XX (Ausschwitz y los juicios de Nuremberg) influyeron para que los teóricos de la sociedad y el derecho se replantearan el lugar de la racionalidad en los problemas relativo a lo justo y moral que según el positivismo estaban relegados al ámbito de lo subjetivo e irracional y especialmente, el papel de las valoraciones morales en el derecho. Un hecho notable después de Nuremberg, fue la importancia que a partir de entonces se le otorgo, en forma cada vez más crecientes, al uso de los principios generales del derecho, máximas y tópicos jurídicos en el RAZONAMIENTO JUDICIAL continental, y no solo en la doctrina sino en el derecho de los jueces.[1]

[1] Perelman cita el uso de los mismos en diversos procesos judiciales. Perelman, Chaïm y Olbrechts-tyteca, Lucy, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica.* Biblioteca Románica Hispánica, editorial Gredos, traducción española Julia Sevilla Muños, 1ª reimpresión, Madrid 1994, p. 100 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

II. El lugar de la tópica en el derecho

Como consecuencia del redescubrimiento de la tópica,[2] Theodor Viehweg publicara *tópica y jurisprudencia* (1953),[3] en el que reivindica el modo de pensar tópico como la forma específica de la práctica jurídica. El texto contrapone, en principio, el método antiguo o retórico (tópico), que ha sido heredado de la antigüedad y fue trasmitido por Cicerón al método nuevo o crítico, que nos ha sido legado por Descartes.[4] Lo que caracteriza al método nuevo es que (i) su punto de partida lo constituye lo una primera verdad, la que no puede ser discutida o desautorizada por la duda, y (ii) que procede al modo de la geometría que se apoya en largas deducciones en cadenas (sorites); las ventajas del método radican en la agudeza y precisión, las desventajas, entre otras, son el marchitamiento de la fantasía y la degradación de lo humano. El método antiguo, por el contrario, (i) tiene como punto de partida el sentido común y lo verosímil y (ii) su procedimiento se rige por las reglas de la tópica retórica que permite el intercambio de puntos de vistas; el método antiguo, contra resta las debilidades del método nuevo, al despertar la fantasía y al enseñarnos ha examinar los problemas y la cosas desde diversos puntos de vista. Por consiguiente, se tienen que intercalar el viejo método en el nuevo para que se pueda lograr una verdadera efectividad.[5]

También contrapone la tópica aristotélica y a la tópica ciceroniana. Aristóteles distingue entre lo apodíctico y lo dialéctico. El primero es propio del campo de la verdad y la demostración para los filósofos, mientras que el otro es propia del terreno de lo meramente opinable y es propio de los sofistas y retóricos. Teniendo en cuenta esta distinción Aristóteles ubica la tópica en la esfera de la dialéctica.[6] La tópica ciceroniana, a pesar de considerarse de grado inferior, tuvo una mayor influencia que la aristotélica.[7]

Finalmente, Viehweg contrapone el pensamiento problemático al pensamiento sistemático. Según Viehweg, toda disciplina surge de problemas y

[2] El resurgir de la tópica no se da únicamente en el ámbito del derecho sino en diversas disciplinas de la posguerra, como la ciencia política, la literatura y la sociología. (Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004, p. 30)

[3] Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Editorial Gedisa, primera edición, Barcelona, 1991.

[4] *Ibidem,* pp. 25-26.

[5] *Ibidem,* pp. 27-28.

[6] *Ibidem,* p. 34.

[7] *Ibidem,* pp. 43 y 53.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

da lugar a un tipo de sistema, pero, la diferencia entre uno y otra forma de pensamiento radica en si el acento se pone en el problema o en el sistema.[8] Cuando el acento se pone en el problema, se hace necesario buscar un sistema que permita obtener la solución del problema. En este caso es el problema el que conduce a la selección del sistema, que en ocasiones puede ser no uno sino una pluralidad de sistemas.[9] El modo de pensar sistemático opera desde el todo, y de modo contrario a como lo hace el pensamiento problemático, en este caso, el sistema opera una selección de problemas, de suerte que lo que no caiga dentro del sistema se deja al margen y sin solución, pues se considera que es una cuestión falsamente planteada . En este caso, no hay porque buscar un punto de vista, pues este ya viene dado de antemano y es desde él que se seleccionan los problemas.[10]

La tópica se caracteriza porque se trata de una *técnica del pensamiento problemático* o una técnica orientada a resolver problemas. Dos nociones esenciales a este modo de pensar son problema y aporía.[11] El problema puede definirse, como todo asunto serio que admite varias soluciones o respuestas y requiere de una comprensión inicial para hallar una única solución.[12] La aporía es un problema, pero no cualquier problema. Se distingue porque se trata de una cuestión acuciante e ineludible de la que no podemos apartarnos y ante la cual no hay un camino despejado (aporías). La tópica, en tanto arte de la invención, pretendería suministrar datos que permitan saber cómo es que hay que comportarse ante tal situación para dar una solución al problema.[13]

Los tópicos son *lugares comunes* que permiten hallar premisas que permiten solucionar problemas y que tienen en su favor una presunción de plausibilidad o razonabilidad, ello es, impone una carga de argumentación a quien los cuestiona.[14] En ese sentido, la función de los tópicos, tanto generales como particulares, es la de servir de fuente de obtención de premisas y puntos de vistas en una discusión de problemas, y su uso presupone el conocimiento de un repertorio que facilita la invención.[15]

[8] Atienza, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 34 y García Amado, Juan Antonio, "Tópica, derecho y método jurídico", *Doxa*, vol. 4, 1987, p. 164.
[9] Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 51.
[10] *Ibidem*, p. 52.
[11] García Amado, "Tópica, derecho y método jurídico", *op. cit.*, p. 162.
[12] Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 50.
[13] *Ibidem*, p. 49.
[14] *Ibidem*, pp. 54-55.
[15] *Ibidem*, p. 55.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Al no constituir la jurisprudencia una disciplina sistematizable sólo cabe entenderla como una disciplina que se orienta a la discusión de problemas, de allí que su estructura se corresponda con la de la tópica, ello es, como una disciplina orientada a resolver problemas concreto. En tanto disciplina tópica, la jurisprudencia tendría una aporía fundamental, la cuestión de lo justo aquí y ahora.[16]

III. El puesto de la retórica en el derecho

No sólo Viehweg, también Perelman intentará proponer un modelo de racionalidad que dé cuenta de la forma como se desarrolla los debates al interior de la jurisprudencia y de la especificidad del razonamiento jurídico. Perelman inicialmente pretende dar cuenta del problema de los *juicios de valor*,[17] que desde la perspectiva positivistas tenían un carácter de arbitrios e indeterminados. Las exploraciones de Perelman lo llevan a concluir que no existe nada parecido a una lógica de los juicios de valor, sin embargo, descubre que en la antigüedad griega, éstos desarrollaron un conjunto de procedimientos y técnicas que tenían como propósito orientar la forma como se llevaban las discusiones y deliberaciones y que denominaron *retórica*. La retórica es el dominio donde se puede discutir sobre lo que es preferible, plausible o razonable, es el antiguo arte de saber persuadir y convencer que no parte, como si lo hace la lógica formal, de inducciones o deducciones formalmente correcta, sino de argumentaciones, que pretenden influir en el auditorio. La retórica, es entonces, una técnica del discurso persuasivo que busca obrar sobre los hombres por medio del *logos* y que opera en la fase previa a la toma de una decisión.[18]

Los estudios de retórica que Perelman constituyen una ruptura con la concepción de la razón y del razonamiento que se origina con Descartes que tenia por falso todo aquello que era considerado verosímil y que impuso como criterio de lo racional la evidencia y las demostraciones.[19] Perelman apoyado en Aristóteles distingue el razonamiento analítico cuyo paradigma es el silogismo formal que parte de premisas verdaderas y necesarias y mediante una inferencia válida conduce a conclusiones igualmente necesarias y verdaderas, del razonamiento dialéctico que no parten de premisas

[16] *Ibidem,* p. 129.

[17] Perelman, Chaïm, *De la Justicia,* UNAM, México, 1964.

[18] Perelman, Chaïm, *El imperio retórico. Retórica y argumentación,* Editorial Norma, Bogotá, 1997, pp. 9-10.

[19] Perelman y Olbrechts-tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, *op. cit.*, p. 30-1.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

verdaderas sino verosímiles, ello es, de opiniones que gozan de la aceptación general por la mayoría o por la mayoría de los filósofos o los más notables e ilustres. Los razonamientos dialécticos no tienen como propósito realizar demostraciones sino persuadir por medio de argumentos y obtener la adhesión de la mayor parte de un auditorio a la tesis defendida, así como criticar y refutar la tesis de los adversarios.[20]

Perelman constata que no es la lógica formal la que permite la solución de las controversias jurídicas o morales, ni éstas giran en torno a problemas lógico formales,[21] que el derecho se elabora a través de controversias y argumentaciones dialécticas, y que las decisiones judiciales no tienen un carácter necesario como en el razonamiento analítico, por tanto, el paso de las premisas a la decisión no tienen este carácter, pues la decisión presupone la posibilidad de decidir en uno u otro sentido. En las controversias judiciales, por el contrario, las razones que se exponen, tratan como en los diálogos platónicos de criticar y refutar los argumentos de la contraparte mostrando que o no son relevantes u oportunos o justos.[22]

La particularidad del razonamiento jurídico puede advertirse también, según Perelman, al confrontarla con las formas de resolver las controversias en otros ámbitos: como el de las ciencias naturales y formales, y en las denominadas ciencias humanas o en la filosofía. Mientras que en las ciencias naturales y deductivas las polémicas se resuelven apelando al criterio de verificación empírica o racional, y en las ciencias humanas y el pensamiento filosófico a falta de un criterio objetivo, cada una de las partes permanece en su posición sin ceder, en las controversias jurídicas la solución es siempre impuesta por vía de autoridad.[23]

Ahora bien, no obstante esta peculiaridad, para que la decisión o sentencia se entienda que se halla conforme al derecho, debe motivarse. La motivación no muestra un conjunto de premisas de la cuales se deduce una conclusión lógica, sino un conjunto de argumentaciones que buscan justificar una decisión. La decisión jurídica no se deduce necesariamente e impersonalmente de las premisas como una conclusión lógica, en ella siempre se pone en juego la integridad y responsabilidad de quien decide, si fuese impersonal, siempre la decisión sería la misma cualquiera que fueran los

[20] Perelman, *El Imperio Retórico, op. cit.*, p. 52.
[21] *Ibidem*, p. 13.
[22] *Ibidem*, p. 13.
[23] *Ibidem*, p. 18.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

valores o la personalidad del juez. La decisión de un juez a la que llega después de su razonamiento, es siempre una decisión personal.[24]

IV. Técnicas argumentativas y clases de argumentos

Reconociendo que existen múltiples tipologías sobre las técnicas y clases de argumentos (Toulmin, Van Eemeren, Walton, etc.), uno de los aportes fundamentales de Perelman lo constituye su estudio sobre la argumentación y muy especialmente el análisis que lleva a cabo sobre la formas del razonamiento persuasivo. Para Perelman los argumentos se presentan bajo la forma de una asociación (nexo) o bajo la forma de una disociación. En el primer caso el nexo posibilita transferir a la conclusión la adhesión acordada a las premisas; bajo la segunda, se persigue separar elementos que han sido ligados previamente uno con otro por conducto de un leguaje o una tradición reconocida.[25] Perelman distingue tres tipos de nexos: los *cuasi-lógicos o cuasi-matemáticos*, los argumentos *fundados sobre la estructura de lo real*, y los argumentos que *fundan la estructura de lo real*.

Los primeros se denominan así porque se aproximan al pensamiento lógico formal o matemático[26] y en su utilización pareciese que se pretende reducir la realidad a un esquema de pensamiento lógico formal o matemático; no obstante difieren de éstos, porque en los argumentos cuasilógicos no se realiza una deducción formal y presuponen más bien una adhesión a tesis de naturaleza no formal.[27] Los argumentos fundados sobre la estructura de lo real se apoyan en los nexos de sucesión o coexistencias. Las relaciones de sucesión se apoyan sobre los lazos que existen entre los elementos de lo real, en la medida en que presuponen la creencia en estructuras objetivas que no se discuten; un ejemplo de ellas son las presupuestas relaciones de causalidad.[28] Si se introducen nociones como la intención pasamos de inmediato a una argumentación basada en lazos o relaciones de coexistencia.[29] Los argumentos que fundan la estructura de lo real son aquellos que a partir de un caso particular acreditado permiten fundar o instituir un precedente, un modelo o una regla general; ejemplo de ellos son el razona-

[24] *Ibidem*, pp. 18-20.
[25] *Ibidem*, 58-60.
[26] Perelman, Chaïm, *Lógica jurídica y nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1997, p. 166.
[27] Perelman, *Imperio retórico, op. cit.*, pp.77-78.
[28] *Ibidem*, p. 78.
[29] Perelman, *Lógica jurídica y nueva retórica, op. cit.*, p. 168.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

miento por medio del ejemplo o el modelo.[30] Las técnicas de disociación, a diferencia de las anteriores, que no interesaron mucho a los teóricos de la retórica antigua, pretenden, como su nombre lo sugiere, disociar los elementos de lo real, unos de otros, para llegar a una nueva ordenación de lo dado.[31]

V. El puesto de la razón práctica en el derecho

Luego de que aparecieran los trabajos de Perelman y Viehweg, surgen a finales de los años setenta un conjunto de autores en cuyos trabajos se revelan las preocupaciones por el problema del razonamiento jurídico: MacCormick, Aarnio, Peczenik, Atienza y Alexy, entre otros. De estos autores, el más conocido para nosotros es sin lugar a dudas Robert Alexy, quien sostiene que la jurisprudencia y, en particular, la argumentación jurídica versa sobre cuestiones prácticas, pues ambas presuponen corrección de enunciados normativos y, por tanto, ambos son portadores de una pretensión de corrección, de allí que deba considerarse al discurso jurídico como *un caso especial del discurso práctico general*.[32] La jurisprudencia y, en particular, la argumentación jurídica, versan sobre cuestiones prácticas.[33] El discurso jurídico tiene en común con el discurso práctico general que en ambos trata sobre la corrección de enunciados normativos y, por lo tanto, ambos son portadores de una pretensión de corrección.[34] La *teoría de la pretensión* afirma que tanto el sistema jurídico como las normas jurídicas individuales y las decisiones jurídicas tienen necesariamente una pretensión de corrección. Según esta teoría, toda decisión judicial pretende siempre aplicar correctamente el derecho, y esta pretensión de corrección envuelve una *pretensión de justificabilidad* que facilita la crítica y la presentación de buenos y mejores argumentos y contraargumentos, y una *pretensión de generalizabilidad* que supone que quien justifica acepta como igual a su interlocutor (preten-

[30] Perelman, *Imperio retórico, op. cit.* p. 79. y Perelman, *Lógica jurídica y nueva retórica, op. cit.*, p. 169.

[31] Perelman, *Imperio retórico, op. cit.* p. 79.

[32] Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.* Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997, p. 35.

[33] Los problemas prácticos concierne a lo que es debido y prohibido, o a lo que es permitido, bueno y malo.

[34] Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.*, p. 35.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sión de igualdad) y excluye la coerción como instrumento persuasivo.[35] Según lo anterior, la base normativa de la teoría del discurso la componen la idea de libertad y de igualdad. El modelo del discurso racional presupone una situación de diálogo ideal en el que el objetivo es convencer y no manipular a la otra parte, y en la que los participantes se ponen de acuerdo en adoptar unas reglas básicas que facilitan el desarrollo de la discusión dentro del marco de racionalidad.

La noción de racionalidad en el modelo cumple un papel decisivo con relación a la aceptabilidad y legitimidad del resultado, entre otras cosas, porque esta noción es parte integrante del estilo y de la forma de vida de la que participamos, de manera que quien se comporta o actúa por fuera de los cánones de la racionalidad, está violando una de las reglas básicas de la vida social. Por lo tanto, sostiene Alexy, que una argumentación que excluya o suprima persona o argumentos (excepto por razones pragmáticas que deben justificarse) no puede considerarse racional, y las justificaciones que se obtengan de ellas deben tenerse por defectuosas.[36]

Alexy admite que el modelo del discurso racional no encarna ni es la única manera posible de justificar una decisión judicial. Existen contramodelos a la teoría del discurso, de los cuales los más importantes son el modelo deductivo, el modelo decisorio, el modelo hermenéutico y el modelo de la coherencia.[37]

La afirmación básica del modelo deductivo sostiene que la decisión judicial, dentro de cualquier caso, se infiere lógicamente del material jurídico vigente. Ejemplo de este modelo lo fueron la exégesis en Francia y la jurisprudencia de conceptos en Alemania. Para mostrar las debilidades e insuficiencias del modelo basta comprobar la existencia de vaguedades, antinomias o lagunas en el lenguaje y en el ordenamiento jurídico; de ahí que hoy no existan muchos defensores de dicho modelo.[38]

El modelo decisorio constituyó una reacción al anterior modelo. La tesis central de este modelo es que la decisión judicial debe fundarse en reglas extrajurídicas cuando las reglas positivas y los precedentes dejan un margen de discrecionalidad y libertad a quien decide. Las corrientes realistas, la escuela libre del derecho y la perspectiva kelseniana, según las cuales, el juez, en los casos difíciles, debe actuar como un legislador y decidir según

[35] Alexy, Robert, "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral", Vásquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1998. p. 128 y 130-131.

[36] Alexy, *Derecho y razón práctica, op. cit.*, p. 40.

[37] Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos,* Universidad Externado de Colombia, Traducción de Luis Villar Borda, primera reimpresión, 1998, p. 36 y 37.

[38] Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos, op. cit.*, pp. 37-38.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

criterios jurídico-políticos. Para estas corrientes, como ya se mostró, la decisión no es un acto racional sino de voluntad. No obstante, de acuerdo con Alexy, la evidencia contradice tal tesis, pues los jueces aun en los casos difíciles intentan motivar y justificar su decisión de manera racional.[39]

Apoyado en la teoría del círculo hermenéutico, el modelo hermenéutico pretende dar cuenta de la actividad interpretativa del derecho. Tres son los círculos hermenéuticos relevantes para la jurisprudencia. El primero de ellos concierne a la relación entre la pre-comprensión y el texto jurídico. La pre-compresión provee al intérprete de una hipótesis, que se halla conectada con los valores y la experiencia profesional de esté, y que permite dar una solución correcta al problema jurídico. El modelo hermenéutico supone que entre la norma y la hipótesis de interpretación hay un efecto reciproco. La cuestión, sin embargo, es que la teoría no nos provee de un criterio que nos permita confirmar o rechazar la hipótesis de interpretación.[40] El segundo se refiere a la relación entre la parte y el todo, y puede expresarse diciendo que la comprensión de una norma presupone la comprensión del sistema al que pertenece, y la comprensión del sistema de normas no es posible si no se entienden las normas particulares que lo integran. El problema, según Alexy, es que la teoría no nos suministra un criterio para establecer la unidad y la coherencia (postulado de la coherencia).[41] El tercer círculo comprende la relación norma y hecho. Las normas, universales y abstractas deben aplicarse a supuestos de hechos individuales y concretos. Según el modelo, los hechos se describen apoyados en los rasgos característicos que proponen los tipos legales. Sin embargo, es posible que los rasgos de los hechos se encaminen hacia la aplicación de una norma distinta no prevista inicialmente, a la precisión o rechazo de una característica de orden legal, o a que se añada otro rasgo. Pero con este círculo sucede lo mismo que con los dos anteriores, en que se ilustra un problema pero no se ofrecen criterios de solución, puesto que el problema solo podrá resolverse cundo se tengan en cuenta todas las características de las normas y todos los rasgos de los hechos (postulado de la completud).[42]

[39] *Ibidem*, pp. 39-40.
[40] *Ibidem*, pp. 41.
[41] *Ibidem*, pp. 42.
[42] *Ibidem*, pp. 43-44.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El cuarto modelo es el de la coherencia. Este modelo desarrolla la idea central que se encuentra detrás del segundo círculo planteado en el modelo anterior y que está referida a la idea de unidad sistemática o coherencia, que es un elemento esencial de la noción de racionalidad y de la teoría de discurso racional. Ejemplo de este modelo es el de la teoría de Savigny, y más recientemente, la teoría del Derecho como integridad de Dworkin. Las debilidades del modelo se hallan en que presupone, erróneamente, la existencia de un sistema jurídico completo en el cual se supone, se hallan contenidas todas las premisas y que el intérprete solo debe tratar de descubrirlas.[43]

En cuanto al modelo del discurso racional, lo primero que debe advertirse éste modelo no es un modelo real sino ideal, y en esa medida, no trata de describir seres reales, pues no presupone que los hombres actúen siempre de manera racional; el modelo más bien expresa los ideales implícitos en la cultura y los valores de la modernidad en Occidente. Alexy propone la teoría discursiva del Derecho como alternativa a las debilidades y deficiencias argumentativas de los cuatro modelos interpretativos anteriores. Sin embargo, previa a la elaboración de una teoría del discurso práctico general que permita fundamentar una teoría de la argumentación jurídica, Alexy nos remite a algunas teorías del discurso práctico entre otras, a las teorías de la ética analítica, que se interesa por el problema del lenguaje normativo, especialmente las teorías de Hare, Toulmin y Baier, la teoría del discurso de Habermas, la teoría de la deliberación práctica de Earlange y la teoría de argumentación de Perelman.[44] De todas estas teorías, la mayor influencia la recibe de la teoría de Habermas, quien, como ya lo vimos, considera que las cuestiones prácticas pueden discutirse racionalmente. Con fundamento en las tesis y propuestas de Habermas, Alexy intenta formular un sistema de reglas que permita establecer las condiciones de la racionalidad del proceso discursivo en el ámbito judicial, que de ser seguidas permitirían discutir problemas prácticos-jurídicos en el marco de una teoría de la argumentación racional. En el anterior sentido, la teoría del discurso es una teoría normativa y procesal del discurso racional.[45]

[43] *Ibidem*, pp. 45-46.

[44] *Ibidem*, pp. 51-172.

[45] Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.*, p. 179 y Alexy, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos, op. cit.*, pp. 45-46.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

VI. Reglas, formas y límites del discurso práctico general

1. *Las reglas fundamentales*

Las *reglas fundamentales* se denominan así, porque ellas constituyen una condición básica para la comunicación lingüística humana en general. Cuatro son los principios recogidos en ellas (i) el *principio de no contradicción*, que nos remite a las reglas de la lógica clásica y la lógica deóntica, y según esta, los hablantes no deben contradecirse;[46] en ese sentido, la necesidad de no contradecirse es una regla general de todo discurso sea científico o moral; (ii) a *regla de la pretensión de sinceridad*, según la cual, el hablante sólo debe afirmar aquello que él mismos cree; esta regla trata de asegurar la sinceridad en la discusión racional y es fundamento de toda comunicación lingüística; abría que decir, además, que no es necesario demostrar la sinceridad, pero hay que tener por lo menos una pretensión de sinceridad mientras se discute, de lo contrario, como lo señala Alexy, no sería ni siquiera posible el engaño, pues este último presupone una regla que exija la sinceridad;[47] (iii) el *principio de univocidad o de uso común del lenguaje,* que presupone que las expresiones que se usan en el marco de la discusión racional, no se usan o significan cosas diferentes para uno y para otro hablante, y adicionalmente, que el uso del lenguaje se hace de forma clara y con sentido;[48] Alexy lo enuncia diciendo que, distintos participantes no pueden utilizar una misma locución con significados distintos;[49] (iv) el *principio de universabilidad,* según el cual, si uno de los participantes atribuye un predicado X a un objeto Z, y existe otro objeto que tiene las mismas cualidades o atributos de Z, debe estar presto a aplicar el predicado X a ese nuevo objeto.[50] Según Alexy este principio presupone la exigencia de estar dispuesto a actuar siempre coherentemente, y cuando se aplica a situación que involucren valoraciones, indica que el participante en el dialogo racional, solo puede afirmar aquellos juicios valorativos o de deber, que esté dispuesto a invocar en todas aquellas

[46] Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.*, p. 185.
[47] *Ibidem*, p. 185 y 186.
[48] *Ibidem*, p. 187.
[49] *Ibidem*, p. 185.
[50] *Idem.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

situaciones, en las que los aspectos relevantes de la misma, las convierta iguales o equiparables.[51]

2. *Las reglas de la razón*

Estas reglas definen las condiciones de racionalidad del discurso.[52] Podría decirse que en realidad las reglas de la razón es una regla subdividida en tres, una regla que podría denominarse la *regla general de fundamentación*.[53] Esta regla puede enunciarse diciendo que quien participa de un discurso debe estar dispuesto a dar razones cuando se le pide que fundamente lo que afirma amenos que pueda dar razones que justifiquen su negativa o su rechazo a una fundamentación.

La anterior regla se apoya en que los discursos prácticos, como los que surgen en el mundo normativo, tienen un carácter persuasivo; en ellos se trata de justificar una aserción apoyados en razones, pues quien afirma algo no busca informar a su o sus interlocutores en lo que el cree sino que quiere persuadirlo de que lo que el cree es correcto (o verdadero en el caso del discurso teórico-científico) y que por lo mismo es fundamentable. Alexy señala, que la pretensión de fundamentabilidad no establece que el hablante deba dar una razón justificativa en todo momento y frente a cualquiera.[54]

Habíamos señalado anteriormente que la regla de fundamentación se subdivide en tres subreglas que podríamos denominar: (i) *principio de igualdad de las partes* quien pueda hablar puede tomar parte en la discusión, esta exigencia presupone que quien intenta fundamentar una aserción en el marco de un diálogo racional esta dispuesto a aceptar a su interlocutor y a cualquier otro como parte en la fundamentación; (ii) *principio de universalidad*, esta segunda subregla, debe distinguirse del principio de universabilidad que habíamos señalado anteriormente, y que tiene que ver, con la posibilidad de generalizar el argumento a un objeto que cumpla con los atributos de otro o que sea igual o equiparables; esta en cambio, pretende garantizar la libertad de discusión y tiene que ver con la posibilidad de un discurso abierto a todos. Según Alexy esta subregla requiere, para su operatividad, que se cumplan tres exigencia a saber: (a) cualquier participante puede problematizar cualquier aserción, (b) cualquier participante puede introducir cualquier aserción en el discurso y (c) cualquier participante puede expresar sus

[51] *Ibidem*, p. 186 y 187.
[52] *Ibidem*, 190.
[53] Atienza, *Las razones del derecho, op. cit.*, p. 158.
[54] Alexy, Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.*, p. 188.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

deseos, opiniones y necesidades; la tercera subregla es la de (iii) *no coerción* y puede enunciarse diciendo que a ningún hablante puede impedírsele ejercer los anteriores derechos mediante la coerción interna o externa al discurso. Esta última subregla es la condición de posibilidad de las anteriores reglas.

3. *Las reglas sobre la carga de la argumentación.*

Estas reglas tienen como propósito facilitar la argumentación y tienen un carácter fundamentalmente técnico. Para Alexy estas reglas se justifican casi de forma intuitiva.[55] Las anteriores reglas se refieren al problema de la fundamentación de las aserciones, las reglas de la carga de la argumentación operan cuando en el marco del diálogo racional surgen dudas o cuestionamientos en relación con una aserción.

Habíamos dicho anteriormente que una de las reglas del discurso es que cualquiera puede problematizar cualquier aserción. Sin embargo, ello plantea, según a Alexy, la cuestión en relación a la extensión y los limites de la carga de la argumentación o de la fundamentación[56] pues hasta donde esta obligado un hablante a seguir argumentando, mientras su interlocutor se dedica a repetir mecánicamente ¿Por qué?

La primera regla sobre la carga de la argumentación, guarda relación con el principio de generalizabilidad o universabilidad que formulamos anteriormente y podría enunciarse de la manera que sigue: si un hablante pretende o quiere tratar a una persona X de manera distinta a Z esta obligado a fundamentarlo; ello porque, las reglas de la razón incorporan una presunción a favor de la igualdad.[57]

La segunda regla se puede expresar diciendo que: si se ataca una regla o una norma que se tiene o se presupone verdadera o valida por la comunidad de hablante, debe fundamentarse o dar razones de porque se debe desconocer la norma y acatar otra. Alexy la enuncia afirmando que ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.[58]

La tercera regla trata de fijar los limites al deber de dar razones y se formula así: un hablante, que ha invocado un argumento, solo esta obliga-

[55] Atienza, *Las razones del derecho, op. cit.*, p. 158.
[56] Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.*, p. 191.
[57] *Ibidem*, pp. 191-192.
[58] *Ibidem*, p. 192.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

do a proponer o dar más razones o argumentos en caso de que existan contra-argumentos. Si ello no fuese así al interlocutor se le acabarían pronto los argumentos.[59]

Finalmente, dentro de las reglas que fijan los limitas en la carga de la argumentación, encontramos una última regla que se relaciona directamente, o que es complemento de la regla de la razón, que permite que los hablantes introduzcan en cualquier momento de la discusión tantas aseveraciones o acotaciones sobre sus deseos opiniones y necesidades. Ello puede generar, que en cualquier momento de la discusión, un participante introduzca un comentario que no guarde relación alguna con el problema relevante discutido. Según Alexy, no es necesario excluir de plano tal comentario, si solo se dan de manera esporádica y no tienen como objeto perjudicar o u obstaculizar la discusión. Como consecuencia de lo anterior Alexy propone la regla que exige a quien introduce en el discurso una aserción sobre sus deseos, opiniones o necesidades que no se considere relevante en relación con el problema discutido, debe, si se le pide, justificar o fundamentar porque introdujo tal afirmación.[60]

4. *Las formas de los argumentos*

Alexy considera que existen dos forma de fundamentar un enunciado normativo singular (N), uno de ellas consiste en hacer referencia a una regla (R) valida , la otra es señalar sus consecuencias (F). En el primer caso debe presuponerse la existencia de un entunicado de hecho que describe las condiciones de aplicación de la regla (T): características de una persona, de una acción o de un objeto, la existencia de un determinado estado de cosas o que suceda un acontecimiento.[61]

T = supuesto de hecho (Tatsache)
R = regla

_____
N = enunciado normativo singular

[59] *Ibidem*, p. 192.
[60] *Ibidem*, p. 193.
[61] *Idem*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

En el segundo caso, debe presuponerse igualmente la existencia de una regla dice que la producción de determinada consecuencia es buena u obligatoria.[62]

F = consecuencia (Folge)
R

_____
N

Las discusiones en torna a T o F redesarrollan en el marco de un discurso teórico no practico, no así las discusiones en torno a R.[63] Ahora bien, estas dos representaciones, según Alexy, son en realidad subformas de la forma más general que determina que un enunciado normativo cualquiera se puede fundamentar apoyando en una regla y una razón (G).[64]

G = razón (Ground)
R

_____
N

5. *Las reglas de fundamentación*

Alexy ha sugerido ciertas *formas* de argumentos que pueden ser utilizadas en el discurso práctico,[65] estas reglas, que él denomina de fundamentación, precisan ciertas características de la argumentación práctica y regulan la manera como, a través de las diversas formas del discurso, se pueden llevar a cabo estas.[66]

El primer subgrupo de estas reglas, Alexy las extrae del principio de universabilidad o generalizabilidad, del cual son variantes o modalidades.[67] La primera, (i) afirma que si alguien dice estar de acuerdo con las consecuencias que una regla establece para otro, debe igualmente estar de acuerdo en aceptar dicha regla, en el caso hipotético en que él se encontra-

[62] *Ibidem*, p. 193.
[63] *Ibidem*, pp. 194 y ss.
[64] Atienza, *Las razones del derecho, op. cit.*, p. 160.
[65] Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.*, p. 193 y 194.
[66] Atienza, *Las razones del derecho, op. cit.*, p. 160.
[67] Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.*, p. 197.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ra en la misma situación de aquella persona.[68] La segunda, (ii) afirma que las consecuencias de cada regla deben poder ser aceptadas por todos, o si se quiere, que cada uno debe poder estar de acuerdo con cada regla. Este principio presupone que se admiten y cumplen las reglas de la razón, pues si todos deliberan en igualdad de derechos, solo son susceptibles de acuerdo general, aquellas proposiciones normativas que presuponen reglas que cada uno pueda aceptar.[69] La tercera regla (iii) establece que, toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.[70]

No obstante, este subgrupo de reglas, no es aún prenda de garantía de que se logrará un acuerdo racional, a menos que las reglas morales que sirven de fundamento o base al hablante, por una parte, pasen la prueba de su génesis histórico-crítica, lo que sucede si (i) aunque originariamente se pudo justificar racionadamente, posteriormente ha perdido ha perdido su justificación, o (ii) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y actualmente tampoco;[71] y por otra, pasen la prueba de su formación histórico individual, lo que sucede si se ha establecido sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

Finalmente, una ultima regla de fundamentación puede enunciase siguiendo a Alexy, diciendo que en toda discusión racional que involucra argumentos prácticos debe respetarse los límites de la realizabilidad, ello es, que los resultados que se obtengan como parte del acuerdo racional deban poder ser llevados a la práctica.[72]

6. *Las reglas de transición*

Lo más normal es que en el ámbito de la argumentación práctica surjan problemas que no pueden ser resueltos por medio del discurso práctico, sea por que se trate de una cuestión puramente fáctica (hechos), o de problemas lingüísticos (comunicativos), en estos casos, se hace necesario poder pasar a otras formas de discurso distintas a la argumentación práctica, de allí que la teoría del discurso racional proponga que para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a (i) un discurso teórico, (ii) un discurso de análisis del lenguaje o (iii) un discurso de teoría del discurso.[73]

[68] *Ibidem*, p. 198.
[69] *Ibidem*, p. 198.
[70] *Ibidem*, p. 199.
[71] *Ibidem*, p. 199.
[72] *Ibidem*, p. 200.
[73] *Ibidem*, p. 201.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

7. *Limites discurso práctico general*

Alexy reconoce que uno de las debilidades de la teoría del discurso, radica en que el seguimiento de sus reglas no garantiza que pueda alcanzarse un acuerdo en cada cuestión practica que se discute o que si llegase a concretarse este sea definitivo o irrevocable. Ello se debe a que las reglas del discurso no pueden cumplirse sino de manera parcial, que estas reglas no establecen todos los pasos de la argumentación y que esta argumentación debe partir siempre de concepciones normativas mudables y circunscritas históricamente.[74]

Estas limitaciones del discurso práctico general justifican la existencia del discurso jurídico debido al carácter vinculante de este último, característica esta que se halla ausente en la argumentación practica general. El derecho resulta justificado tanto en su dimensión normativamente debido a que su existencia permite que aumente la posibilidad de resolver las cuestiones prácticas como en su dimensión coactiva por cuanto sus normas pueden imponerse aun a aquellos que no están dispuestos a seguirlas.[75]

VII. Reglas, formas, limites de la argumentación jurídica

El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, según Alexy, porque (i) en él se discuten problemas prácticos, (ii) estas discusiones involucran una pretensión de corrección: la tesis del caso especial sostiene que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico, y (iii) finalmente, ellas tiene lugar dentro de determinadas condiciones de restricción, pues las proposiciones normativas en cuestión deben ser fundamentadas racionalmente dentro de las limitaciones que establecen en la ley, el precedente, y la dogmática jurídica, lo que lo hace especial frente a otros modos de argumentación.[76]

La anterior característica nos conecta con un rasgo esencial de la argumentación jurídica: los discursos jurídicos buscan justificar un tipo especial de enunciados normativos, las decisiones jurídicas. Alexy distingue al

[74] *Ibidem*, p. 201.
[75] Atienza, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 163.
[76] Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, pp. 206-207.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

respecto dos formas de justificación: la justificación interna y la justificación externa.

1. *Reglas y formas de la justificación interna y externa*

Alexy distingue uniforma simple y una forma mas general. La forma simple tiene la siguiente estructura:

(1) (x) (x → ORx)
(2) Ta
(3) ORa (1), (2)

En donde <x> (cuantificador universal) que simboliza una variable del individuo, <a> una constante del individuo, T un predicado que represéntale supuesto de hecho, O un operador deóntico y R un predicado en que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma.[77] Esta estructura se muestra insuficiente en los casos mas complejos en los que no es posible llevar a cabo una deducción, en tales casos hay que apelar a una formas más general de justificación interna.[78]

La justificación externa tiene que ver con la forma como justificamos las premisas usadas en la justificación interna. Estas premisas pueden ser de tres clases: *reglas de derecho positivo*, cuya justificación esta orientada a mostrar la validez de estas de acuerdo con los criterios del ordenamiento jurídico, *enunciados empíricos,* que se fundamentan apoyados en los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba, y premisas que no son ni reglas de derecho positivo ni enunciados normativos y cuya fundamentación requiere de la argumentación jurídica, ello es a las formas y reglas de la justificación externa.[79]

Alexy distingue seis grupos de reglas y formas de justificación externa (i) de interpretación (ley), (ii) de argumentación dogmática, (iii) del uso de los precedentes, (iv) de la argumentación practica general (razón), que ya fue desarrollada (v) de la argumentación empírica, que no es examinada por Alexy, y (vi) las formas especiales de argumentos jurídicos especiales: el argumento *e contrario*, la analogía y la reducción al absurdo.

[77] *Ibidem,* pp. 214-216.
[78] Consultar Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica, op. cit.*, pp. 216 y ss.
[79] *Ibidem,* pp. 222-223.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

2. *Los cánones de la interpretación*

Para explicar de los cánones de la interpretación Alexy se apoya en el modelo sencillo de justificación interno

(1) (Tx→ORx) (R)
(2) (Mx→Tx) (W)
(3) Ma
(4) ORa (1)-(2)

A partir de la norma R y de la regla de uso W se sigue la norma concreta R', que es una interpretaron de R a través de W (I R/W).

(2')(Mx →ORx)

Los cánones de interpretación pueden agruparse en seis grupos: semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica, y su función más importante, que no la única, es la de fundamentar el paso de R a R'.[80]

El *argumento semántico* se usa para justificar, criticar o mostrar, como posible, una interpretación R' de R, con referencia al uso del lenguaje. W en esta forma de argumentación, se entiende como una especificación del lenguaje natural o de un lenguaje técnico (jurídico). Apoyados en éste, Alexy distingue tres subformas de argumentos. Según el primero, R' *debe* aceptarse como interpretación de R sobre la base de W(i), según el segundo, R'*no puede aceptarse* como interpretación de R sobre la base de W(k) y apoyados en el tercero, es *posible* aceptar R' como interpretación de R, y es *posible* no aceptar R' como interpretación de R, pues no aplica ni W(i) ni W(k).[81]

Según el *argumento genético* se justifica una interpretación R' de R, por que se ella se corresponde con la voluntad del legislador. Dos subformas pueden distinguirse en este argumento: en la primera se afirma que la interpretación de la regla (R) sobre la base de W (IR/W'=R') era el objeto directo de la voluntad del legislador, por lo que es necesario R'

(1) R' (=IR/W) es querido por el legislador
(2) R'

[80] *Ibidem*, pp. 225-226.
[81] *Ibidem*, pp. 226-227.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

De acuerdo con la segunda subforma, con la regla (R) el legislador pretende alcanzar Z, de suerte que si no se da R' = IR/W entonces no se da Z , por lo que es necesario R'[82]

(1) Con R el legislador pretende alcanzar Z
(2) ¬ R' (=IR/W) → ¬ Z
(3) R'

El *argumento histórico* se usa para invocar hechos que guardan relación con el problema jurídico que se discute, y con fundamento en el cual se proponen razones a favor o en contra de determinada interpretación. Ejemplo de el seria el caso en que se invoca una solución propuesta en el pasado, revelando las consecuencias (F) indeseables de la misma en el pasado y en el presente. En los *argumentos comparativos,* por el contrario, no se apela a una situación anterior sino a un hecho acaecido en una sociedad diferente.[83]

El *argumento sistemático* hace referencia tanto al argumento que quiere interpretar una norma en el texto legal, como a aquella otra que se interesa por la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines o principios. En el caso en que lo esencial son las relaciones teleológicas el argumento podría denominarse *sistemático-teleológico*. Según Alexy, en sentido estricto, solo pueden considerarse argumento sistemático aquellos que toman en consideración las relaciones entre normas, siendo el más importante el que indica una contradicción normativa.[84]

El *argumento teleológico* en su estructura lógica viene a corresponderse con el la segunda subforma del argumento genético, pero a diferencia de aquel Z, el fin, no se identifica con la voluntad o en le querer del legislador (subjetivo), sino en algo objetivo y racional, ello es, en una norma o un grupo de normas.[85]

(1) OZ
(2) ¬ R' (=IR/W) → ¬ Z
(3) R'

Clarificar el papel de los cánones de la interpretación requiere distinguir seis puntos: el primero de ellos tiene que ver con el *campo de aplicabilidad*. Según Alexy, con excepción del argumento semántico, todas las formas de argumentos pueden utilizarse en una variedad de nuevos contextos

[82] *Ibidem,* pp. 227 -228.
[83] *Ibidem,* p. 230.
[84] *Ibidem,* p. 231.
[85] *Ibidem,* p. 232.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tales y como, el conflicto entre normas, la restricción del campo de aplicación de las normas y la fundamentación de normas que no pueden deducirse de la ley.[86]

El segundo esta referido al *estatus lógico* de los mismos o si se quiere, a la cuestión de si los cánones pueden ser considerados o no reglas. Para Alexy estos, al no indicar que deba realizarse o que debe alcanzarse, no pueden ser considerados como reglas, sin embargo, tampoco puede considerarse que ellas no sean más que simples puntos de vistas o líneas de investigación, de allí que mejor deban denominarse *formas de argumentos*, que fue como los denominó Perelman.[87]

El tercer punto se refiere a lo que Alexy denomina *requisito de saturación*, según este, un argumento solo se entiende completo si contiene todas las premisas empíricas o normativas pertenecientes a esa forma. La exigencia de saturación persigue garantizar la racionalidad del uso de los cánones y Alexy la enuncia diciendo que *debe resultar saturada toda forma de argumento que haya que contar entre los cánones de la interpretación*. [88]

El cuarto hace alusión a las *funciones que cumples las distintas formas* y el quinto al *problema de su jerarquía*. Alexy constata que el uso de distintas formas de argumentos puede conducir a soluciones diversas. Ello porque una forma puede ser saturada de diversas maneras y pueden, además, emplearse distintas formas para justificar o fundamentar conclusiones diversas. La cuestión central es que hasta la fecha no ha sido posible elaborar un catalogo que permita priorizar una forma de argumento frente a otro y que goce de una aceptación general.[89]

La teoría del discurso tampoco puede ofrecer una solución a la problemática, no obstante, puede establecer ciertas reglas que permitan señalar la manera en que pueden ser usados oportunamente las distintas formas de argumentos. Estas reglas pueden enunciarse diciendo que (1º) los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley (semántico) o en la voluntad del legislador histórico (genético) tienen prioridad sobre las otras formas de argumento, a menos que puedan darse razones que justifiquen el uso de otro argumento, (2º) que el peso de los distintos argumentos debe realizarse según las reglas de ponderación y (3º) que hay que tener en

[86] *Ibidem*, p. 235.
[87] *Ibidem*, p. 235.
[88] *Ibidem*, p. 236.
[89] *Ibidem*, p. 237.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cuenta todos los argumentos sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones.[90]

3. *Las reglas de la argumentación dogmática*

Para Alexy, la dogmática jurídica esta constituida por una serie de enunciados que surgen en el marco de las discusiones de una ciencia jurídica institucionalizada sobre las normas establecidas y a la aplicación del derecho. A pesar que entre enunciados y normas debe existir una relación de coherencia mutua, los primeros no tienen un carácter descriptivo si no normativo.[91]

La dogmática jurídica cumple, según Alexy, las funciones (i) de *estabilización*, debido a que los enunciados dogmáticos permiten establecer y reproducir en el tiempo formas de soluciones a cuestiones prácticas; (ii) de *progreso*, en la medida en que permite ampliar las discusiones en lo temporal, objetual y personal; (iii) de *descarga*, pues los enunciados ya aceptados pueden invocarse sin necesidad de tener que discutirlos nuevamente; (iv) *técnica*, en razón a que la presentación unificada y sistemática de las normas de derecho desarrolla no sólo una función de información, además promueve la enseñanza y transmisión del derecho; (v) de *control*, ya que al permiten decir los casos, no de manera aislada sino en relación con otros casos ya decididos o por decidir, los argumentos dogmáticos incrementa el grado de eficacia del principio de universabilidad y la justicia; (vi) *heurística*, porque los argumentos dogmáticos contienen modelos de solución y sugieren nuevas preguntas y respuestas.[92]

Finalmente, una visión mera mente instrumentalista de la dogmática jurídica posibilita un uso incorrecto de la misma, como cuando se usa para encubrir los verdaderos motivos, de allí que Alexy propugne por una argumentación dogmática cuyos enunciados se fundamente en últimas en el discurso práctico general.[93] Esta consideración guarda relación con una de las reglas que enuncia Alexy sobre la fundamentación y comprobación de los enunciados dogmáticos, según la cual, cuando un enunciado es puesto en duda, debe fundamentarse, al menos, apoyándose en un argumento practico de tipo general.[94]

[90] *Ibidem*, pp. 238-240.
[91] *Ibidem*, pp. 240-246.
[92] *Ibidem*, pp. 255 -260.
[93] *Ibidem*, pp. 260-261.
[94] *Ibidem*, p. 254. Las otras dos reglas que Alexy enuncia sobre el uso de la dogmática jurídica son: "(j.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sis-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

4. *Reglas sobre el uso del precedente*

La argumentación por el precedente guarda relación con la anterior forma de argumentación dogmática. El uso de los precedentes esta justificado desde la teoría del discurso por que puede considerarse una extensión del principio de universalización y de la regla de justicia formal que exige tratar de igual manera a lo igual. No obstante, la obligación de seguirle precedente no es imperiosa, pero en caso de que ello suceda, la carga de la prueba se traslada a quien quiera apartarse éste. En ese sentido el precedente nos remite al principio de inercia de Perelman, que estipula que una decisión solo puede ser cambiada si pueden aducirse razones suficientes para ello.[95]

Las reglas generales del uso del precedente según Alexy pueden enunciarse diciendo que: (i) cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse y (ii) quien quiera apartarse de un precedente, debe asumir la carga de la prueba. [96]

VIII. RACIONALIDAD, LENGUAJE Y ARGUMENTACIÓN

Conjuntamente con Alexy, coexisten una serie de autores que han dedicado gran parte de su obra y de su quehacer investigativo a rumiar y discutir el problema de la racionalidad, la interpretación y la argumentación judicial. Entre tales autores es importante reconocer a Neil Maccormick, Alexander Peczenik y, por supuesto, Aulis Aarnio, de cuyo pensamiento nos ocupamos a continuación.

Cinco serán los temas que desarrollaremos en relación con el pensamiento de Aarnio. Primero, la relación que propone entre lenguaje y derecho, cuya tesis central es que las reglas jurídicas son formulaciones lingüísticas, y que, por consiguiente, entender una regla exige entender el significado de ciertas expresiones lingüísticas. Segundo, el problema de la interpretación jurídica, que se caracteriza (a) porque ella siempre apela a fundamentos con autoridad, (b) porque que no hay una única interpretación razonable sino múltiples interpretaciones sistemáticamente posible, y finalmente, (c) porque su ejercicio comporta efectos sociales decisivos al

temática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio" (p. 254). y "(J.12) si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados" (p. 261).

[95] Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, p. 262-263.

[96] *Ibidem*, p. 265.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

articular el discurso al poder, de suerte que se hace necesario garantizar la predecibilidad y certeza jurídica. Tercero, el problema de la pretensión de racionalidad en la interpretación que para él viene dada por el modelo del discurso racional según Habermas.[97]

1. *Derecho y lenguaje*

Para comenzar debemos señalar que Aarnio considera que el Derecho puede equipararse a un juego, debido a la naturaleza reglada de ambos.[98] Si un observador externo[99] quisiera saber en qué consiste un juego, por ejemplo, el de ajedrez, tendría que familiarizarse con sus reglas, en el sentido señalado por Wittgenstein, pues únicamente la familiaridad con éstas le permitiría saber qué significa o qué sentido tiene cada regla dentro del juego, y evitaría que los gestos y acciones de los jugadores les resulten extraños e incomprensibles. Por consiguiente, si se quiere entender en qué consiste un juego es fundamental que se aprendan las normas que lo regulan, pues solo estas brindan esquemas confiables y ciertos de interpretación.[100] Ahora bien, como ya lo habíamos advertido, para entender o comprender una regla correctamente, exige conocer el significado y el alcance de las expresiones lingüísticas por medio de las cuales ellas se revelan, pues las reglas son, antes que nada, enunciados lingüísticos; de suerte que si no se comprende la regla, el juego aparecerá ante los ojos del observador como una práctica sin sentido.

Al considerar al Derecho como una actividad reglada que se expresa en enunciados lingüísticos, la cuestión es saber qué significa entender una regla, o, más concretamente, cómo hacemos para entender o interpretar el lenguaje jurídico. Para dar cuenta de este interrogante, Aarnio parte de una premisa adicional: que la base para entender el lenguaje jurídico es la misma que se ha de tener en cuenta para entender el lenguaje ordinario o

[97] Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica.* Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991.

[98] Estas reglas pueden tener carácter constitutivo, como las que en el juego definen la colocación y la función de las piezas en el tablero y en el Derecho crean, establecen o derogan instituciones; o pueden tener carácter regulativo, como aquellas que permiten saber qué movimientos dentro del juego son legítimos o tolerados, o que acciones son permitidas, prohibido a u ordenadas en el Derecho. Ver, Aarnio, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Distribuciones Fontamara, México, 1995, p. 11-19.

[99] La idea de observador externo expresa una oposición en relación al participante (jugador). El punto de vista del primero es externo; en cambio el punto de vista del segundo es interno.

[100] Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social, op. cit.*, pp. 12-13.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

natural,[101] puesto que lingüísticamente no es posible establecer una diferencia clara entre el discurso jurídico, y otros discursos como el literario.[102]

Para comenzar, Aarnio señala que el discurso jurídico y el literario tienen en común el uso de un lenguaje cargado de indeterminaciones: sea por la presencia de *ambigüedades,* como en el caso del lenguaje literario, o por la existencia de *lagunas,* contradicciones u oscuridad como consecuencia de la naturaleza misma del discurso del que hacen uso.[103] En ambas, el texto permanece en silencio y el lector (intérprete) requiere de un material complementario para solucionar la indeterminación. En el caso de la obra literaria es común que el autor proponga ciertas pistas que permiten al lector solucionar las indeterminaciones y los puntos ambiguos.

Esto no quiere decir que la obra literaria tenga una sola forma de concreción o que el lector deba encontrar en ella un solo significado; todo lo contrario, el texto literario se asemeja más bien, a un bosquejo o esbozo abierto a varias concreciones o sentidos que son puestos por el lector (intérprete). Ello hace que no pueda presuponer un solo significado de la obra y que su reconstrucción se asemeje al proceso de reordenación de un *rompecabezas móvil.*[104] Este hecho no deja de ser problemático, pues si de una obra pueden advertirse varias reconstrucciones o sentidos debemos preguntarnos si podemos seguir hablando de la reconstrucción de la misma obra o, lo que es más inquietante aún, si podemos distinguir entre las reconstrucciones incorrectas y las correctas. En el ámbito literario es la audiencia académica la que establece el criterio estético de corrección.[105]

Otra similitud, quizás la más relevante para Aarnio, consiste en que ambas interpretaciones están centradas o son dependientes del lector y, por ello, normalmente presuponen cierto tipo de lector ideal. En la literatura hallamos al lector que tiene la capacidad de entender los puntos clave de la obra (súper lector) o aquel lector que tiene una competencia máxima (lec-

[101] *Ibidem,* p. 13.

[102] La implicaciones de esta tesis conducen a Aarnio a emparentar a la teoría del Derecho con las ciencias humanas (no con las ciencias sociales empíricas), con la que halla cierto aire de a familiaridad debido a la base común que ambas comparten en relación a las tareas de comprensión e interpretación, y a definir, la investigación jurídica, como una investigación de significado de términos o expresiones lingüísticas.

[103] *Cfr.* Aarnio, Aulius, "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *Doxa,* vol. 3, 1987, p. 109.

[104] *Cfr.* Aarnio, "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *op. cit.*, p. 110.

[105] *Ibidem,* p.111.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tor informado),[106] en la interpretación jurídica, el Hércules constituye un tipo ideal de lector jurídico.

2. *Interpretación y derecho*

La interpretación del discurso jurídico (texto jurídico), sin embargo, plantea diferencias significativas con la del discurso literario. Una de ellas tiene que ver con que si bien la labor reconstructiva que se hace del texto jurídico, puede asimilarse a la reordenación de un rompecabezas; en el Derecho, la forma del *rompecabezas jurídico* no se conoce hasta que no se completa.[107] El lector (intérprete) trata de resolver las ambigüedades y lagunas del texto jurídico tratando de colocar las piezas que faltan, pero a diferencia del lector literario, nunca tiene claro cuál es la forma final del rompecabezas (véase INTERPRETACIÓN DEL DERECHO).

Otra importante diferencia, entre estas dos formas de reconstrucción, tiene que ver con el papel que, en la reconstrucción del discurso jurídico, juega la *fuente de autoridad*. En la interpretación literaria la ausencia del fundamento de autoridad es la nota característica; si bien en éste, el lector reconstruye el discurso teniendo en cuenta las sugerencias o pistas dadas por el autor, en principio no existen interpretaciones permitidas o prohibidas. Si hay algo que para Aarnio distingue la interpretación jurídica de las otras formas, es la existencia de *fundamentos de autoridad para la interpretación* (fuentes de Derecho o normas), así como la existencia de *principios que guían su uso*; de suerte que una interpretación sólo adquiere el estatus de jurídica *si, y sólo si* ella está respaldada en un material con autoridad, y el proceso reconstructivo a respetado los principios que la rigen su uso.[108]

Tenemos entonces que la interpretación jurídica[109] se diferencia de la cumplida en otros ámbitos, porque ella utiliza por lo menos una fuente de Derecho (autoridad).[110] Las fuentes de autoridad constituyen el núcleo central del Derecho y el objeto de la interpretación, pues ellas proveen al

[106] *Ibidem*, p. 113.
[107] *Ibidem*, p. 112.
[108] *Idem.*
[109] Para Aarnio, la interpretación del Derecho no trata de revelar un sentido oculto que se encuentra presente en el texto y que se supone preexiste al acto interpretativo; todo lo contrario, la labor interpretativa tiene siempre un carácter generativo y creativo, de manera que interpretar el Derecho es dar sentido o atribuirlo y no encontrarlo. (Cfr. Aarnio, *Lo racional como razonable, op. cit.*, p. 16).
[110] Aarnio señala como fuentes de autoridad el texto legislativo, los precedentes de la corte, las razones prácticas, argumentos históricos y al Derecho extranjero. Inclusive algunas conclusiones obtenidas dentro del campo de la moral.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

intérprete de un conjunto de razones y fijan por anticipado interpretaciones prohibidas y permitidas, de suerte que si la interpretación no se fundamenta en una fuente de Derecho entonces, concluye Aarnio, no es una interpretación jurídica.[111] Ahora bien, estas fuentes de Derecho se concretan en un texto con autoridad (texto jurídico) y se expresa lingüísticamente. Aarnio denomina, a la expresión lingüística en que se revela el texto, *formulación de una norma,* y *norma,* al contenido o significado de la expresión;[112] por consiguiente, la norma surge del proceso de reconstrucción que realiza el intérprete del enunciado normativo (texto jurídico). La cuestión entonces es saber si es posible identificar en un texto jurídico una única norma para cada caso específico o, por el contrario, pueden obtenerse varias normas.

Habíamos dicho que Aarnio parte de la idea de que el lenguaje jurídico (texto jurídico) constituye un caso especial del lenguaje común;[113] de allí que todos los problemas o dificultades que surgen al momento de interpretar un texto (ambigüedades u otro tipo de oscuridades), también están presentes al momento de la interpretación jurídica; con una dificultad adicional: que en el lenguaje jurídico también aparece otro tipo de indeterminaciones propias de él, tales y como la confusión o inexactitud de algunas expresiones o la existencia de lagunas y contradicciones.[114] Esta falta de univocidad del lenguaje jurídico impide que las proposiciones interpretativas puedan ser concluidas o derivadas de manera deductiva a partir de las fuentes legales; de allí que no haya lugar para el criterio de verdad en la interpretación. No existe una interpretación verdadera y otra falsa; el criterio usado por Aarnio es el de corrección, y ésta depende de si ésta se muestra coherente con el todo que la dota de significado.[115]

Además, esta particularidad del lenguaje jurídico impide, al intérprete, extraer de una formulación normativa una única interpretación posible; por el contrario, lo ordinario es que de un texto jurídico puedan extraerse varias interpretaciones, todas ellas razonables o plausibles. Aarnio llama a

[111] Aarnio, *Lo racional como razonable, op. cit.*p. 16

[112] Aarnio, Aulius, "Las reglas en serio", Pablo Navarro y otros (comp.) *La normatividad del derecho*. Editorial Gedisa, Barcelona. 1997, p. 19.

[113] Aarnio, Aulis. "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *Doxa,* vol. 8, 1990, p. 23.

[114] Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social, op. cit.*, p. 14.

[115] Rivas, Pedro, "La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio", en, Serna Pedro (dir.) *De la argumentación jurídica a la hermenéutica.* Editorial Comares, Granada, 2003, p. 15.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

este grupo de opciones de reconstrucción *alternativas semánticamente posibles*[116] o *interpretaciones sistemáticamente posibles*.[117] Estas alternativas de interpretación deben en principio concordar con el uso ordinario o técnico del lenguaje, pero para un juez o para un jurista, ello no es suficiente pues su interpretación sólo debe escoger una entre las diversas alternativas, todas ellas razonables, sino que adicionalmente se encuentra con el inconveniente de que su elección (decisión) debe ser jurídica.[118]

En los llamados casos fáciles la elección se cumple haciendo uso de criterios lingüísticos (semánticos) y jurídicos. El intérprete selecciona las interpretaciones jurídicamente posibles, y dentro de ellas, aquella que a su juicio considera correcta. Sin embargo, en los denominados casos difíciles no basta con el uso de estos criterios; por el contrario, normalmente el espectro de alternativas sigue siendo amplio luego de esta reducción inicial, y el intérprete se encuentra en la situación de escoger la solución correcta entre alternativas semánticas razonables, sin un patrón o medida preestablecida que le indique la forma final del rompecabezas jurídico.

Debe agregarse algo más: la incertidumbre en los casos difíciles puede darse en relación con los hechos (cuestión fáctica) o en relación con la norma aplicable (cuestión normativa). Sólo en este último caso estamos delante de un problema de interpretación jurídica. Ahora bien, la incertidumbre en la interpretación del Derecho (normativa) puede ocurrir porque no se tiene claro el sentido de determinado texto jurídico o porque de los varios sentidos (alternativas semánticas posibles) no se sabe cuál elegir. En este último caso, la solución que debe escogerse es aquella susceptible de obtener la aceptación de un auditorio jurídico cuyos miembros compartan y pongan en práctica los principios del discurso racional. El juez, a diferencia del teórico o el abogado litigante, tiene el poder y la obligación constitucional de dar una respuesta correcta y satisfactoria al caso que goce de la aceptabilidad general del auditorio jurídico.[119]

3. *Predecibilidad y racionalidad de las decisiones jurídicas*

La interpretación jurídica en ese sentido presupone un proceso de interacción social que posibilita la comunicación entre quien dicta el texto (legis-

[116] Aarnio, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *op. cit.*, p. 23

[117] Aarnio, *Lo racional como razonable, op. cit.*, pp. 14 y 48.

[118] Aarnio, *Lo racional como razonable, op. cit.*, p. 29 y 48 y Aarnio, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *op. cit.* , p. 23.

[119] Aarnio, *Lo racional como razonable, op. cit.* pp. 23-25.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

lador), quien lo interpreta (juez) y la comunidad jurídica general (auditorio), y ello en un doble sentido: del legislador hacia la comunidad, pasando por el juez y de la comunidad hacia las autoridades. Adicionalmente, este proceso de comunicación tiene una particularidad: que trata sobre un discurso que es portador de la autoridad del poder social. En la interpretación jurídica se articula el discurso al poder; en gran medida la interpretación del Derecho determina el uso del poder en una sociedad concreta. Ello conduce a que el auditorio considere sumamente importante el resultado de la interpretación y el control que puedan realizarse sobre este resultado.[120] Una de las objeciones que Aarnio formula al Hércules es que éste no tiene en cuenta a la audiencia. La interpretación no sólo tiene importancia para quien emite el texto (legislador) o para el intérprete, sino también para la comunidad jurídica; de allí que el intérprete no pueda sentirse satisfecho sino cuando el resultado goza de cierta aceptabilidad general.[121] El auditorio, donde se halla el ciudadano, aspira a la máxima protección jurídica.[122]

Cuando una persona plantea un problema jurídico a la autoridad, espera de ésta fundamentalmente protección jurídica. Protección jurídica significa aquí ausencia de arbitrariedad[123] en la decisión final, y ello es posible sólo si: primero, se respetan los criterios de racionalidad que permiten cierto grado de certeza y predecibilidad de las decisiones jurídicas (forma) y segundo, la decisión final goza de cierta aceptabilidad sustancial (materia).[124] La aceptabilidad sustancial se refiere a que, por una parte, la solución está acorde con las leyes (presunción de legalidad) y, por otra parte, no niega la moralidad social (presunción de plausibilidad o razonabilidad). En este último sentido la aceptabilidad presupondría que la decisión está de acuerdo con la moral y el Derecho.[125]

De todo esto podemos extraer como corolario lo siguiente: el auditorio jurídico aspira a una decisión jurídica que sea tanto predecible (racional) como aceptable (razonable); ello supone que el juez, para poder satisfacer las necesidades de interacción social y el ejercicio del poder social que le es propio, debe procurar que el resultado sea aceptado por la comunidad

[120] Aarnio, "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *op. cit.*, p. 114.

[121] *Ibidem*, p. 114.

[122] Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social, op. cit.* p. 30.

[123] Rivas, "La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio", *op. cit.*, p. 18 y Aarnio, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 26.

[124] Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social, op. cit.* pp. 36- 46.

[125] *Ibidem*, p. 37.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

jurídica después de considerar el problema racionalmente.[126] Predecibilidad (forma) y aceptabilidad (contenido) se encuentran articuladas; la primera hace énfasis en la racionalidad, la segunda enfatiza la legalidad y moralidad. En consecuencia, la forma (el razonamiento) debe producir un contenido (razones) que pueda valorarse y aceptarse como moralmente correcto.[127]

Además de lo anterior, es preciso anotar que la exigencia de argumentar y justificar las decisiones judiciales, históricamente se encuentra atada a la noción de Estado de Derecho.[128] La primera idea de Estado de Derecho fue la del Estado de Derecho formalista. En éste la idea de protección y de certeza viene garantizada por la separación de poderes, la adopción de principios formales de procedimiento discursivo que permite el tratamiento objetivo del caso, la separación entre el discurso jurídico del discurso moral, la identificación de la idea de Derecho y de justicia (formal) con las normas (reglas) establecidas por el Estado y el modelo del razonamiento deductivo y silogístico.[129]

En el Estado Social de Derecho o de Bienestar, por el contrario, la expectativa de protección y certeza está ligada a la idea de aceptabilidad sustancial.[130] En éste, al juez no le basta con ejecutar una operación silogística, pues ya no puede motivar la sentencia como antes, apoyándose sólo en razones de autoridad (Derecho positivo); además de ello, es necesario justificar moralmente[131] la elección de la premisa normativa, con fundamento en la cual se decide el caso, así como ponderar y balancear argumentos, y ello exige siempre apelar a otro modelo de razonamiento: retórico, tópico o práctico y de racionalidad, que Aarnio identifica con la racionalidad discursiva habermasiana.[132]

[126] Aarnio, Aarnio, "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *op. cit.*, p.116.

[127] Aarnio, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 27.

[128] Aarnio, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *op. cit.*, p. 25.

[129] Aarnio, A. *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.* pp 38-39 y La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *op. cit.*, p. 25.

[130] Si bien muchos de los principios del Estado formalista siguen teniendo vigencia, éstos se muestran insuficientes para garantizar la justicia y la igualdad material; de allí que si bien se mantiene el principio de la separación de los poderes, los límites en el proceso de creación del Derecho se muestran difusos, asumiendo el juez un papel más activo en procura de garantizar al ciudadano la justicia del caso.

[131] Justicia, razonabilidad y equidad son conceptos inherentes a la idea de Estado de Bienestar; de allí que se conviertan en criterio de evaluación de las decisiones judiciales.

[132] Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.* pp. 40-41.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

4. *Justificación de las decisiones judiciales*

La exigencia de dar razones nos conecta directamente con otra noción: la de justificación de la decisión judicial. Justificar es, al decir de Aarnio, proponer argumentos que hagan legitimas y aceptables las decisiones que se toman al interior del Estado por sus diversos órganos (incluyendo a los jueces) o por el contrario, que permitan criticarlas. Una argumentación correcta es importante para las partes, quienes pueden decidir si aceptan o apela la decisión, para el mismo tribunal, y por supuesto, para los tribunales superiores y órganos de cierre, quienes pueden evaluar con más rigurosidad y seriedad los argumentos de sus inferiores. Las razones o argumentos usados en la justificación deben apoyarse en fuentes de derecho, que incluyen, tanto las fuentes o razones de autoridad (ley, precedente, etc.) como las fuentes o razones sustantivas (argumentos prácticos, históricos, doctrinales, etc.).[133]

Aarnio, al igual que Alexy, distingue en el proceso de justificación dos aspectos: uno interno y otro externo. El aspecto interno de la justificación se interesa por la estructura lógica de la argumentación o del razonamiento jurídico. En ese sentido debe señalarse que el modelo clásico de justificación interna viene dado por el modelo silogístico aristotélico. Si bien este modelo no da cuenta de la forma como se llega a la solución, hoy es admitido que toda decisión jurídica puede, ex post facto, representarse bajo la forma de un silogismo, en el que la primera premisa constituye la base normativa, la segunda describe un hecho (enunciado descriptivo) y la decisión, que se infiere lógicamente de las dos anteriores.[134] No obstante, en los casos difíciles se hace necesario justificar la elección de la primera premisa del silogismo práctico, pues siempre cabe la pregunta de por qué se eligió N(x) y no N (z). En este caso se requiere realizar una justificación externa que para Aarnio tiene la forma de un diálogo que se guía por los estándares de argumentación racional.

Aarnio cita la *teoría del discurso racional* como teoría estándar del procedimiento discursivo racional. Según ésta teoría, las relaciones sociales y las discusiones en torno a problemas morales, políticos y jurídicos, están mediadas por procesos comunicativos o de diálogos racionales.[135] La noción de racionalidad en el modelo cumple un papel decisivo en relación con la

[133] Aarnio, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *op. cit.* p. 28.

[134] *Ibidem*, p. 21.

[135] Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.*, p. 71.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

aceptabilidad y legitimidad del resultado, entre otras cosas, porque esta noción forma parte del estilo y de la forma de vida de Occidente, de manera que quien se comporta o actúa por fuera de los cánones de la racionalidad, está violando una de las reglas básicas de la vida social. El modelo del discurso racional presupone una situación de diálogo en el cual el objetivo es convencer y no manipular a la otra parte y en la que los participantes se ponen de acuerdo en unas reglas básicas[136] que facilitan el desarrollo de la discusión dentro del marco de la racionalidad. No obstante, el modelo del discurso racional trae consigo tres problemas: el de su justificación, el de su aplicación, y el de la eficiencia del modelo. Cada uno de estos problemas podría enunciarse con un interrogante; así, el primero daría cuenta de la pregunta: ¿dónde se originan las reglas y principios de la discusión racional? El segundo se interesaría por saber: ¿cuál es la aplicabilidad del modelo en las discusiones cotidianas? Y el tercero: ¿permite o no el modelo alcanzar un consenso definitivo?[137] Aarnio, en relación con los dos primeros advierte que el modelo del discurso racional no es un modelo real sino contra fáctico en el cual no se describe a seres reales sino ideal, y por consiguiente, no presupone que en la realidad los hombres actúen siempre de manera racional; sin embargo, es evidente, como ya lo habíamos anotado, que una de las piedras angulares de la cultura occidental es la expectativa de racionalidad. En ese sentido, lo que el modelo expresa son los ideales de hoy, implícitos en la cultura, y sirven sólo de criterio para evaluar y criticar un estado de cosas existente.[138]

Como consecuencia de ello, no podemos presuponer la existencia de una comunidad jurídica que se adhiera en su totalidad a los principios del discurso racional. En el proceso de interpretación jurídica la función de tal comunidad es meramente teórica, y como ya se ha señalado, su función es la de permitir justificar o criticar las diversas alternativas de interpretación. Aarnio distingue al respecto la comunidad jurídica real (comunidad jurídica I), compuesta por seres humanos concretos, que al comportarse como egoístas racionales defienden intereses y ocultan todo tipo de razones, de la comunidad jurídica ideal (comunidad jurídica II), cuyos miembros se adhieren a la racionalidad discursiva.[139] Ahora bien, el que se siga el modelo

[136] Entre otras reglas y principios pueden citarse las siguientes: uso común, preciso y veraz del lenguaje, igualdad de los participantes para argumentar, dudar y criticar, posibilidad de generalización de los argumentos.

[137] Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.*, p. 74.

[138] *Ibidem*, p. 75.

[139] Aarnio, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *op. cit.*, p. 33.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

del discurso racional no presupone que al interior de la comunidad jurídica II se pueda dar un proceso de unificación de las interpretaciones; por el contrario, lo más normal es que el discurso racional produzca, frente a un problema, más de una respuesta bien fundamentada.

El modelo, en ese sentido, no garantiza una respuesta única ni el consenso definitivo; lo que garantiza son respuestas bien fundadas, plausibles y razonadas,[140] y ello es así, porque en el discurso jurídico las elecciones decisivas son portadoras de cargas valorativas (elección de fuentes, inferencias por analogías o a contrario). Siempre subsiste la posibilidad de que dentro del auditorio se presente división en la elección de la solución correcta, en tal caso, se hace necesario recurrir al *principio de la mayoría*.[141] Cabe preguntarse si esta elección que goza de aceptabilidad por la mayoría, puede considerarse como la única respuesta correcta. La respuesta de Aarnio es que no. Esta elección no quiere decir que esta sea la respuesta correcta, sino simplemente la *mejor respuesta posible* por el momento.[142]

Aarnio distingue, en torno a la respuesta única y correcta una versión fuerte y una versión débil.[143] La primera supondría que en cada caso existe una única respuesta posible que se encuentra implícita en el texto jurídico y que debe ser descubierta o hallado por el interprete. Esta tesis fue sostenida por el iusnaturalismo racionalista y por tendencias positivistas formalistas como la exégesis y la jurisprudencia de concepto. La versión débil admite la tesis de que existe una respuesta correcta pero considera que esta no siempre o nunca puede hallarse. La idea de respuesta correcta juega un papel aquí de idea regulativa, sin embargo, el problema es saber cuándo ha sido hallada o encontrada la respuesta correcta (dilema falibilístico o de la falibilidad). Dworkin y Alexy parecen defender en la actualidad una tesis débil, para ellos si bien es imposible que Hércules pueda hallar una respuesta correcta está bien mantener la tesis como ideal o meta a alcanzar.[144]

Aarnio defiende una postura escéptica en relación a tesis de la única decisión correcta; según esta no existe respuesta única correcta (tesis ontológica), y por consiguiente, tampoco puede hallarse dicha respuesta (tesis

[140] Aarnio, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.*, p. 76.

[141] Aarnio, "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *op. cit.*, p. 116.

[142] Aarnio, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *op. cit.*, pp. 34 -35.

[143] *Ibidem*, p. 24.

[144] *Ibidem*, p. 32.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

epistemológica y metodológica).[145] En ese sentido la solución admitida por la mayoría del auditorio jurídico no puede considerarse como la respuesta correcta sino como la mejor que se puede obtener, por lo que siempre habrá lugar para la crítica. La crítica (método de ensayo y error) aquí es fundamental por que ella permite no sólo sugerir nuevas alternativas de interpretación sino que impulsa el desarrollo de la misma.

En conclusión, a lo que podemos aspirar entonces es a la mejor justificación posible. Ella presupondría una situación de habla en el que los participantes están libres de manipulación o coacción y que gozan de cierta igualdad y libertad para discutir y criticar argumentos, pero como ya lo habíamos adelantado, esta situación es ideal y sirve única y exclusivamente de modelo de justificación y evaluación de la decisión final. Este podría ser el sentido del súper juez Hércules, un personaje idea que siendo omnisciente y teniendo un tiempo ilimitado para tomar las decisiones más complejas funciona dentro de una situación ideal de habla y trata de tomar más mejores decisiones jurídicas posibles.

IX. Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.* Centro de estudios constitucionales, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 1997.

———, *Derecho y razón práctica,* Ediciones distribuciones Fontamara, 2ª reimpresión corregida, México, 2002.

_____, *Teoría del discurso y derechos humanos,* Universidad Externado de Colombia, Traducción de Luis Villar Borda, primera reimpresión, 1998.

_____, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", Rodolfo Vásquez (comp.), *Derecho y Moral,* editorial Gedisa, Barcelona, 1998.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004.

_____,*Introducción al derecho,* editorial Distribuciones Fontamara. S. A, Coayacan, México, segunda edición , 2000.

AARNIO, Aulius, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *Doxa*, vol. 8, 1990..

[145] *Ibidem,* p. 25.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "Las reglas en serio", Pablo Navarro *et al* (comps.)= *La normatividad del derecho*. Editorial Gedisa, Barcelona. 1997.

_____, "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *Doxa*, vol. 4, 1987.

_____, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991.

_____, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Distribuciones Fontamara, México, 1995

BERMAN, Harold, "La Formación de la tradición jurídica de occidente", *El origen de la ciencia jurídica occidental en las universidades europeas.* F. C. E., México, 1996.

BETEGÓN, Jerónimo y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho.* Ediciones McGraw-Hill, Madrid, 1997.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", *Escritos sobre filosofía del derecho,* Ediciones Rosaristas, Santa Fe de Bogotá, D. C. primera reimpresión, 1999

_____, "Tópica, derecho y método jurídico", *Doxa*, vol. 4, 1987.

GRONDIN, Jean, *Introducción a la hermenéutica filosófica*, La Hermenéutica Universal de Gadamer, Editorial. Herder, Barcelona 1999.

HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*. 2º Tomo, editorial Taurus, Madrid, 1995.

HEISENBERG, Werner, *Encuentros y conversaciones con Einstein y otros ensayos,* Alianza, Madrid, 1979

_____, *Teoría y praxis*. Tecnos, Madrid, tercera edición, 1997

KAUFMANN, Arthur, "Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho, y Filosofía del derecho, teoría del derecho, dogmática jurídica", Kauffman Arthur, y Hassemer, Winfred, *Pensamiento jurídico contemporáneo,* Editorial Debate, Barcelona, 1994, pp. 47-142.

_____, *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá. 1999.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho.* UNAM, México. 1982.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho*. *La Transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Segunda reimpresión, Bogotá 2004.

MARTÍNEZ ROLDAN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

MONSALVE, Alfonso, *Teoría de la argumentación,* Ediciones Universidad de Antioquia, Medellín, 1992.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

MULLER, David, *Popper: Escritos Selectos*, Fondo de Cultura Económica. México.1997.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, 9a. ed., 1999.

PEÑA AYAZO, Jairo Iván, *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad.* Universidad nacional de Colombia, Ecoe ediciones, 1994.

PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica.* Biblioteca Románica Hispánica, editorial Gredos, traducción española Julia Sevilla Muños, 1ª reimpresión, Madrid 1994.

PERELMAN, Chaïm, *El imperio retórico. Retórica y argumentación,* editorial Norma, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.

_____, *El razonamiento jurídico*, Traducción del francés de H. Petzold-Pernia, Centro de estudios de filosofía del derecho Luz-facultad de Derecho (CEFD) *Cuaderno de trabajo No.5*, Maracaibo, 1973.

_____, *Lógica Jurídica y Nueva Retórica*, Gredos, Madrid, 1997.

POPPER, KARL, *La Lógica de la investigación científica*. Fondo de Cultura Económica. México, primera reimpresión. 1996

RECASENS SICHÉS, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho.* editorial Porrúa, México, 1980.

RIVAS, Pedro, "La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio", Serna Pedro (dir.) *De la argumentación jurídica a la hermenéutica.* Editorial Comares, Granada, 2003,

VATTIMO, Gianni y otros, *Racionalidad y Hermenéutica*, editorial norma, Bogota D. C. 1994.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia.* Editorial Gedisa, primera edición, Barcelona, 1991

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*. Traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Editorial Crítica, Barcelona, 1988.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CAPÍTULO 10

APUNTES SOBRE "NEOCONSTITUCIONALISMO"

Susanna POZZOLO*

SUMARIO: I. *Introducción: Difusión del término y deslices significativos.* II. *Características.* III. *¿Positivismo neoconstitucionalista?* IV. *Constitución y programa político.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: DIFUSIÓN DEL TÉRMINO Y DESLICES SIGNIFICATIVOS.

El término "neoconstitucionalismo" fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el *XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social* celebrado en Buenos Aires el año de 1997. En aquella ocasión[1], y posteriormente en el sucesivo libro dedicado al mismo tema,[2] el vocablo fue introducido para indicar una serie de posiciones teóricas –defendidas por algunos autores representativos de un cierto modo de enfocar el derecho[3]– que estaban delineándose y definiéndose. Defendidas por juristas distantes en otras cuestiones, algunas tesis se presentaban como mutuamente conectadas desde diferentes puntos de vista hasta el punto de poder ser reconstruidas unitariamente para dar cuenta de una (posiblemente nueva) doctrina del derecho.

En particular, con la palabra "neoconstitucionalismo" se identifica una perspectiva iusfilosófica que se contraponía explícitamente a aquella iuspo-

* Investigadora en Filosofía del Derecho, Università di Brescia. (Traducción de Piero Mattei-Gentili. Revisión de Álvaro Núñez Vaquero)

[1] Ahora en un volumen dedicado a tal congreso: Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, vol. 21, núm. II, 1998, pp. 339-353.

[2] *Cfr.* Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.

[3] Paradigmáticamente representados por Robert Alexy, Carlos S. Nino y Gustavo Zagrebelsky.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 363-405.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sitivista[4] y que, al mismo tiempo, trataba de diferenciarse de la opuesta y más tradicional posición iusnaturalista. Desde aquel primer momento, la palabra "neoconstitucionalismo" ha tenido una difusión extraordinaria[5] en los diversos países de lengua latina en Europa y en Sudamérica.[6] Ello se explica, entre otras razones, por la estructura de estos sistemas jurídicos, la introducción de las constituciones densas y largas en el curso de los últimos sesenta años, y la expansión del poder dispositivo de los tribunales.[7]

Se podría leer la doctrina neoconstitucionalista a través del esquema de la alternancia de las tendencias iusfilosóficas que tradicionalmente ha oscilado entre posiciones formalistas y anti-formalistas, también en la historia reciente del derecho. A menudo, una era la reacción a las exageraciones de la otra, y tanto una como otra –antes de incurrir en excesos teóricos – han realizado contribuciones al estudio y a la vida del derecho. Como señala críticamente Vittorio Villa, tanto la primera como la segunda tendencia (a partir de las doctrinas de la codificación) presentan una visión *estática* del significado, es decir, "el significado, 'descubierto' o 'inventado' que sea, y es en cualquier caso algo que viene a existir 'todo de una vez,' 'en una única solución.' No existe modo, frente a este tipo de aproximación, de salir de la alternativa dicotómica entre 'descubrir' y 'crear'".[8] El uso de estructuras conceptuales de tipo dicotómico induce a reconstruir el mundo jurídico, y sobre todo la actividad de los juristas, de un modo polarizado, oponiendo creación y aplicación, conocimiento y prescripción, objetivo y subjetivo. Si bien la crítica constructivista es decididamente interesante sobre el plano científico-social, mi sensación es que el método para construir categorías opuestas es (aún) típico de las categorías conceptuales de lo jurídico, sobre todo del derecho moderno. Se trata de un universo discursivo que, a fin de cuentas, debe establecer y distinguir en modo dicotómico entre lo jurídi-

[4] Utilizaré el término "positivismo" y/o "iuspositivismo" sin ulterior especificación a menos que sea relevante para el discurso sobre el neoconstitucionalismo.

[5] Al menos en la literatura jurídica italiana, española, centro y sudamericana.

[6] En los países anglosajones la discusión se concentra mayormente sobre la confrontación entre positivismo incluyente y positivismo excluyente. Coleman, Jules y Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, 2004; Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004, y POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO.

[7] Hirschl, Ran, "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide", *Fordham Law Review*, vol. 75, núm. 2, 2006, pp. 721-753 y Barberis, Mauro, *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2012.

[8] Villa, Vittorio, "La teoria dell'interpretazione giuridica fra formalismo e anti-formalismo", en *Etica & Politica /Ethics & Politics*, vol. 1, 2006, pp. 1-19, p. 9, http://www2.units.it/etica/2006_1/VILLA.htm.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

camente permitido y lo jurídicamente prohibido, entre lo jurídicamente "verdadero" y lo jurídicamente "falso", entre lo jurídicamente válido y lo jurídicamente inválido; en definitiva, entre lo jurídico y lo no jurídico. Creo que ésta, después de todo, es una conquista para el derecho moderno: el uso de las categorías dicotómicas es patrimonio de una perspectiva iuspositivista que, junto a categorías como el (dworkiniano) "pedigree", es funcional al principio de legalidad. Aunque se podría estar tentado de leer esta elaboración como una reacción antiformalista al menos a cierto positivismo, bien observado el neoconstitucionalismo comparte con aquel una visión estática del significado.[9]

Es preciso señalar cómo la amplia difusión del término "neoconstitucionalismo" ha sido acompañada de una serie de modificaciones de su significado. Revisarlos puede ser una buena estrategia para su comprensión. El primer cambio generaliza el uso del vocablo que, de identificar *una* doctrina, pasa a coincidir banalmente con el término *constitucionalismo*, al menos en el sentido del constitucionalismo moderno. Este significativo deslizamiento incide sobre la capacidad connotativa del vocablo que es en parte recuperada a través de un ulterior deslizamiento: cuando "neoconstitucionalismo" comienza a ser utilizado no tanto para señalar la filosofía constitucionalista sino un cierto tipo de sistema jurídico. En particular, señala aquel tipo de sistema jurídico dotado de una constitución larga, rígida y garantizada, el cual se difundió en la segunda mitad del siglo XX: el estado *constitucional de derecho*. Esta variedad de usos fue en parte retomada mediante una reformulación de la bien conocida tripartición bobbiana del positivismo jurídico,[10] individuando tres tipos de "neoconstitucionalismo".[11] Mientras que los juristas utilizarían el término para señalar un cierto tipo de ordenamiento jurídico, los teóricos y filósofos del derecho lo emplearían

[9] La cuestión de la optimización de la directiva o del grado de satisfacción de un principio no incide en este sentido sobre el significado. Distinto es el discurso si se intenta imaginar previsiones no relativas al futuro inmediato, entonces tal vez alguna señal para el cambio puede ser rastreado. *Cfr.* Pozzolo, Suzana, *Positivismo y neoconstitucionalismo*, Lima, Palestra, 2011; Pozzolo, Susanna, "Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo", en Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011, pp. 13-87.

[10] Recientemente reeditado por Laterza, véase: Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, con prefacio de L. Ferrajoli, Roma, Bari, Laterza, 2011.

[11] *Cfr.*, por ejemplo, si bien en modo diferente entre ellos, Comanducci, Paolo, "Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica" (traducción al castellano: "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en *Isonomía*, vol. 16, 2002, pp. 89-112), y, Mazzarese, Tecla, "Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi", en Mazzarese, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale*, Torino, Giappichelli, 2002.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

para indicar un cierto paradigma del derecho, y los filósofos morales y políticos los utilizarían para "indicar el derecho tal y cómo debería de ser en razón de lo que el derecho es; esto es, en razón de los principios y los valores en éste explícitamente enunciados, los derechos fundamentales, principios y valores a éste inminentes, y no externos o extraños al mismo."[12] Entonces, de indicar una doctrina del derecho antipositivista, el término pasa a denotar un cierto tipo de sistema jurídico y, finalmente, y sobre todo, una específica teoría para un preciso sistema jurídico. Es precisamente este último sentido el que permite ilustrar las razones de su fortuna, incluso entre los juristas positivistas.

II. Características

1. *El antipositivismo*

Pese a que algunos mantengan dudas sobre la reconstrucción del neoconstitucionalismo –que a veces parece presentarse como un movimiento de confines inciertos, refiriéndose más bien a una familia de posiciones culturales en lugar de a una doctrina[13]– se pueden evidenciar algunos aspectos útiles para connotarlo. Entre éstos, es central la insistencia en declarar la decadencia del positivismo jurídico y su sustitución con una perspectiva práctica mediada por valores. De hecho, su carácter es *anti-*, y no simplemente *post*-positivista. Respecto a este último, el neoconstitucionalismo no "supera" nada sino que quiere descartar todo (o casi todo).[14] El carácter de oposición se encuentra en el origen de la configuración del neoconstitucionalismo[15] ya que el término fue pensado para abordar aquellas doctrinas

[12] Mazzarese, Tecla, "Diritti fondamentali e neocostituzionalismo", *op. cit.*, p. 9.

[13] Véase, por ejemplo, Schiavello, Aldo, "Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?", en *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2003, www.dirittoequestionipubbliche.org, según el cual "el término 'neoconstituzionalismo' denota una atmósfera más que una concepción unitaria del derecho, coherente y bien estructurada" y señala cómo bajo esta denominación son compiladas "teorías muy diversas entre sí". Señala la "no univocidad del término neoconstituzionalismo", Mazzarese, Tecla, "Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problema", *op. cit.*, p. 12.

[14] *Cfr.*, por ejemplo, Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

[15] La oposición entre principios y normas, entre ponderación y subsunción, entre constitución y legislación y, en fin, entre judicial y legislativo; *Cfr.* Pozzolo, Sussana, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, *op. cit*. (nota 2)

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

jurídicas que, desde finales de los setentas del siglo pasado, sitúan en el centro de la reflexión teórica la interpretación de los sistemas jurídicos constitucionalistas, insistiendo en su peculiaridad, y contraponiéndolos a los así llamados sistemas "legalistas" o de base legislativa.[16]

La oposición entre principios y normas es ciertamente una característica distintiva, y señala su distancia respecto al positivismo jurídico, haciendo referencia al contraste entre forma y substancia. La forma, las normas, la unidad de medida en el positivismo jurídico, válidas sobre la base del principio de legalidad –es decir, de características formales– pueden mostrar un *pedigree*. Los principios –característicos del derecho del estado constitucional contemporáneo– representan la sustancia, y no tienen un certificado de origen que certifique su juridicidad: son válidos por su *importancia*.[17] También la oposición entre ponderación y subsunción sienta sus raíces "en la sustancia" de los principios: es en razón de su propia naturaleza que se configuran como dúctiles instrumentos equitativos o de razonabilidad práctica en la concretización del derecho. Los intérpretes ponderan los valores vehiculados por los principios en razón de las exigencias de justicia que cada caso plantea.

Esta INTERPRETACIÓN *orientada a los valores* asigna casi *naturalmente* un rol fundamental a la jurisdicción, y no sólo a aquella constitucional.[18] Con dicha interpretación se supera el esquema que, al menos en la tradición del derecho codificado, estaba detrás de las funciones del poder, y se elige, por el contrario, limitarlo a través de los contenidos: si el constitucionalismo tradicionalmente había visto en los procedimientos, en la división y en el equilibrio de competencias, la estrategia de restricción, la perspectiva neoconstitucionalista, por el contrario, insiste en el contenido, en el sentido de las disposiciones de principio y en la enunciación de derechos. La constitución se presenta como un conjunto de valores a sistematizar, a hacer compatibles entre sí: valores plurales a equilibrar, a través de los cuales debe configurarse todo el derecho positivo. En la confusión de los papeles, el juez de las leyes tiende a oscilar entre la función judicial y la legislativa. Esto incide en la percepción y en la concepción de la jurisdicción en gene-

[16] Aquellas serían el objeto de estudio paradigmático del positivismo jurídico.

[17] Se puede notar que mientras el *pedigree* es funcional al principio de legalidad, no lo es la *importancia*.

[18] Tanto que se ha escrito que "si no existiese una Constitución, hoy tendríamos en todo caso necesidad de una Corte costitucional", Mezzanotte, Carlo, "Le fonti tra legittimazione e legalità", *Queste Istituzioni*, 1991, p. 50 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ral, y de la constitucional en particular[19] que se convierte en una actividad explícitamente político-teleológica, debilitando el vínculo textual y liberando gradualmente al intérprete "para consentirle realizar una pretensión de mayor justicia."[20]

Neoconstitucionalismo *y constitucionalización del ordenamiento jurídico*[21] se detectan en diversa medida en todos los sistemas jurídicos occidentales de derecho codificado. Si bien fueron los propios intérpretes quienes produjeron el cambio, el argumento neoconstitucionalista se agarra todavía al material jurídico positivo, es decir, a las constituciones largas, rígidas y garantizadas.

2. *Sobre la estructura de las normas jurídicas: los principios.*

El estado constitucional presenta dos dimensiones –una legalista y otra constitucionalista[22]– unidas dentro del concepto de principio. La ideología de la legalidad se disuelve en la dimensión del contenido o sustancial, la cual absorbe al derecho positivo a través de la adopción de los valores y de los derechos fundamentales. En la perspectiva neoconstitucionalista, las normas de principio determinan una mutación en el patrimonio genético del derecho positivo dado que reanudan las relaciones entre derecho y moral interrumpidas por el positivismo jurídico (Véase, además, NORMA JURÍDICA).

El nuevo derecho constitucional no tendría ya la necesidad de establecer el principio de legalidad como paradigma de lo jurídico porque se trataría de un principio ya adquirido. Por el contrario, el nuevo derecho reclama superar tal límite formal para poder enfrentar los conflictos que constantemente recorren la sociedad contemporánea que, determinando tensiones

[19] De hecho, toda la jurisdicción, no sólo aquella constitucional, se encuentra investida y de algún modo abrumada por tal proceso.

[20] *Cfr.* Pace, Alessandro, "Metodi interpretativi e costituzionalismo", *Quaderni costituzionali*, vol. 1, 2001, pp. 35-61, p. 61.

[21] Es decir, incorporación de valores y derechos en la constitución, pero sobre todo ubicuidad constitucional, *Cfr.* Guastini, Riccardo, "La costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico italiano", *Ragion pratica*, vol. 11, 1998, pp. 185-206 (en castellano "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003).

[22] *Cfr.* Dais, Eugene E. *et al*, *Konstitutionalismus versus Legalismus?*, Stuttgart, Steiner Verlag, 1991; además Alexy, Robert, "Sistema jurídico y razón práctica", en Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.* (nota 14), y, Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992 (en castellano *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

éticas y políticas, generan el peligro de restar legitimidad a los instrumentos jurídicos y a la acción de gobierno. El neoconstitucionalismo se presenta entonces como una tercera vía ya que, para enfrentar y resolver los conflictos de la sociedad constitucional-democrática contemporánea, sería impensable tanto la referencia al derecho natural –que sonaría anacrónica– como al positivismo legalista.[23]

Si bien persiste la discusión sobre cómo caracterizar los principios, en el discurso neoconstitucionalista se presentan como normas válidas. En ciertos casos, se trata de normas válidas sólo *prima facie* ya que pueden ser configuradas como normas (i) que podrían ser dejadas de lado por el mayor "peso" de otra, o bien normas (ii) que mutan, por ejemplo, porque se explicitan las condiciones de aplicación de su antecedente las cuales habían permanecido implícitas.[24]

En la discusión que ha ocupado a los estudiosos en los últimos años en torno a este tema, se pueden identificar diversas propuestas interesantes. José Juan Moreso, por ejemplo, reconstruyó los conflictos entre principios constitucionales como conflictos entre deberes incondicionales derrotables (DID), es decir, como deberes que aun no teniendo una condición explícita de aplicación pueden ser derrotados en ciertas circunstancias[25] porque en tales ocasiones otras propiedades resultan de mayor relevancia. Posteriormente Moreso distingue los deberes condicionales inderrotables (DCI), donde el antecedente es condición suficiente para la eficacia del deber. Así funcionan las reglas: una vez que se da la condición (semáforo rojo) entonces es obligatorio A (detenerse). Existen también condicionales derrotables (DCD), que no permiten obtener deberes *all things considered* porque el antecedente contribuye pero no determina el deber. Finalmente también encontramos deberes incondicionales inderrotables (DII) donde el antecedente es siempre eficaz, en cualquier estado de cosas posible. Conceptualmente todos estos deberes son entre sí distintos y permiten distinguir entre derrotabilidad y condicionalidad. No obstante, me parece interesante detenernos

[23] Zagrebelsky, Gustavo, "Introduzione", en Alexy, Robert, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, p. vii.

[24] En el segundo caso nos encontraríamos frente a una concepción particularista dado que serían las circunstancias contingentes las que harían relevantes ciertas propiedades que no son independientes del contenido de la norma, y de hecho la modifican. En el primer caso, por el contrario, nos encontraríamos frente a una concepción universalista, dado que la identificación del contenido de la norma es modificado, es su fuerza la que muta. Redondo, Cristina, "Legal Reasons: Between Universalism and Particularism", *Journal of Moral Philosophy*, vol. 2, núm. 1, 2005, pp. 47-68.

[25] Por ejemplo, Moreso, José Juan, "Conflitti fra principi costituzionali", en *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 2, 2002.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en la distinción entre DID y DCI, y señalar que en el segundo caso el deber no es siempre eficaz, sino sólo cuando se verifican ciertas condiciones explícitas o circunstancias previsibles. En el primer caso, en cambio, el deber es siempre eficaz, pero determinadas circunstancias pueden hacerlo derrotable; es decir, es posible que sea dejado de lado. Sin embargo, de este modo, el deber no siempre es eficaz con base en circunstancias implícitas o no previsibles *ex ante*. El propio Moreso mismo subraya que es necesario lograr explicitar las condiciones de aplicabilidad para evitar el conflicto entre principios, consiguiendo volver su aplicación una suerte de subsunción; en otro caso, la variabilidad interpretativa de las soluciones corre el riesgo de abrir el camino a posiciones particularistas, no siendo ya posible justificar la motivación de la decisión. Mediante la ponderación de principios en conflicto se debería producir una norma que, reformulándolos, explicite las propiedades relevantes resolviendo aquel conflicto en modo definitivo. Una vez obtenida la norma se podrá proceder con racionalidad subsuntiva también en los casos futuros. En sustancia, a través de un proceso de explicitación de las condiciones implícitas, se debería llevar a cabo una transformación de los principios en reglas, definiendo un criterio estable de precedencia de los principios. Me parce que la propuesta de Moreso forma parte de aquéllas que se podrían llamar "compatibilistas", es decir, que sostienen que se puede evitar el conflicto entre principios armonizándolos en una nueva norma interpretativa.

Los principios entendidos como mandatos de optimización o directivas (Alexy, Atienza, Ruiz Manero), tienen su característica definitoria en que indican un cierto deber de manera no condicional pero, al mismo tiempo, realizable en distinta medida o grado con base en las circunstancias. El principio como directiva no determinaría una jerarquía axiológica (móvil) entre principios –con la falta de aplicación de uno de ellos– sino que se llegaría a la formulación de una nueva norma que tenga invariablemente en cuenta el principio reduciéndolo en alguna medida o proporción en su alcance. Utilizando el esquema de Moreso, pese a las similitudes, se podría sostener que en este caso se trata de DII ya que el deber de perseguir o de acometer una cierta conducta es incondicional, pero aquello que está sujeto a condición o al peso de las circunstancias es el grado de eficacia, no el deber.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Otro modo de describir estos principios es apelar a su "natural" subdeterminación: la concreción legítimamente determinará una mayor o menor eficacia del deber la cual, no obstante, seguirá siendo incondicional.[26]

De estas brevísimas observaciones es fácil observar que el núcleo de la cuestión no gira tanto en torno a una presunta diversa naturaleza o peculiar formulación de los principios respecto de las reglas, sino sobre todo acerca del diverso método interpretativo y de aplicación que tales normas requieren (si bien sendos factores se encuentran estrechamente conectado, ya que si el principio no es un precepto definitivo ello implica una indeterminación semántica y deóntica de la norma que lo expresa[27]). Es cierto que la reconocida normatividad jurídica de los principios y de los derechos constitucionales ha contribuido a poner en crisis las teorías positivistas-formalistas de la interpretación, que reconstruyen la interpretación jurídica como un mero proceso cognitivo.[28] Si esto, al parecer de algunos, es aún posible para las reglas jurídicas –que se configuran como enunciados condicionales que conectan un caso con una consecuencia– no parece que se pueda afirmar lo mismo de los principios, con los cuales el intérprete no logra operar a través de los fáciles, inmediatos y precisos silogismos. Hay que señalar inmediatamente que, no obstante, esto no aboca al antiformalismo a la perspectiva neoconstitucionalista dado que el discurso moral hace las veces de fondo para verificar la corrección de las interpretaciones y de las decisiones.

[26] Mauro Barberis pefiere hablar de *especificación* de los derechos: "los principios son especificados recolectando reglas, a través de la operación que los juristas llaman concretización y los filósofos morales, más propiamente, especificación". *Cfr.* Barberis, Mauro, *Stato costituzionale*, *op. cit.*, pp. 69-70 (nota 7). Sobre el "especificacionismo" *Cfr.* Weif, Lenar, "Rights", sección 5.2, *Standford Encyclopedia of Philosophy,* http://plato.stanford.edu/entries/rights

[27] Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Berlin, 1994, pp. 57-59 (en castellano, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993). La característica de la indeterminación, que implica que los principios puedan ser susceptibles de diversas y múltiples aplicaciones, funda la distinción débil entre reglas y principios. *Cfr.* Raz, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", en Cohen, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and the Contemporary Jurisprudence*, New York, Rowman & Allanheld 1984. Aquella es adoptada por Pino, Giorgio, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 52-56. Sobre tal criterio, véase también Barberis, Mauro, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 114.

[28] Al consolidarse la doctrina que atribuye validez jurídica a los preámbulos de las constituciones – transformando aquellas enunciaciones que en el pasado eran "aspiraciones políticas, morales y religiosas promovidas por la constitución" – comienzan a presentarse serios problemas interpretativos, además de dogmáticos. *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria e diritto dello stato*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 153 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Riccardo Guastini, observando el uso que de estos hacen los juristas, identificó algunas características de los principios que me parecen útiles para aclarar su rol. En primer lugar, los principios son considerados normas fundamentales, es decir, normas esenciales del sistema jurídico que, por razones axiológicas, no deben ser a su vez justificados. En segundo lugar, los principios están estructuralmente indeterminados: pueden ser derrotables (*defeasible*) –es decir, las excepciones no se encuentran establecidas exhaustivamente– o bien pueden ser genéricos– normas que exigen ser concretizadas y/o normas que deben ser precisadas dado que son aplicables de diversas maneras.[29]

De la obligatoriedad jurídica reconocida a los principios rápidamente se llega a su aplicación directa por parte de todos los tribunales y –como emerge de todo lo dicho hasta ahora– aumentando las dificultades para el intérprete en cuanto se note que tendencialmente su aplicación a nivel infraconstitucional es potencialmente conflictiva con otros principios.[30] Entonces, a partir de presuntas diferencias estructurales con las reglas, la aplicación de los principios saca a la luz cuestiones relativas a la fundamentación racional y a la legitimidad política de las decisiones judiciales interpretativas. Ya no es suficiente referirse a una disposición que se presenta como demasiado genérica para vincular de por sí misma al intérprete. Ello explica que muchas propuestas teóricas involucradas en este debate busquen justamente evitar la caída en la subjetividad y en la particularidad de las interpretaciones y de los procedimientos decisionales. Es necesario que los conflictos entre principios se demuestran racionalmente controlables; en otro caso, su motivación no se encontraría sujeta a ningún control.[31] Si no hay subsunción y silogismo, entonces es necesario encontrar otros instrumentos, so pena de la arbitrariedad del jurista.

No obstante, pese a las buenas intenciones[32] –como lo ha señalado Bruno Celano– habría que demostrar la estabilidad de las revisiones obtenidas,

[29] Por ejemplo, *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria e diritto dello stato*, *op. cit.*, pp. 139-142.

[30] Dado que, como bien ha mostrado Bruno Celano, los principios traducidos en derechos constitucionales se presentan en "racimos", *Cfr.* Celano, Bruno, "Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?", en Pozzolo, Susanna (ed.) *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002.

[31] Moreso, José Juan, "Conflitti fra principi costituzionali", *op. cit.*, p. 206 (nota 25). Vease, CONFLICTOS NORMATIVOS.

[32] Por ejemplo en el caso de Moreso, como explica Paolo Comanducci: "Las razones, que parecen empujar[le] a configurar los principios constitucionales que confieren derechos fundamentales como normas derrotables, son de orden ético-político. Si concibiéramos (y

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

esto es, la transformación de los principios en DCI.[33] Como por ahora parece difícil alcanzar revisiones estables completas, hay quien –como Moreso– sostiene plausible pensar en micro-sistemas de principios estables y concretizados.[34] Es decir, no una sistematización de todo el ordenamiento sino sólo de pequeñas zonas de éste.[35] En síntesis, si el principio es reconstruido acorde al esquema de las reglas, aunque incluyendo sus rasgos particulares (y por ende como *normas genéricas*), se le exige responder a la pregunta sobre cómo se debe actuar en un cierto caso, se le pide indicar qué comportamiento debe ser puesto en práctica en una situación determinada; los principios, por tanto, deben ser en alguna medida definitivos. Desde este punto de vista, transformar los principios en DCI parece una solución constitucionalmente garantista: transformando el principio en una norma indefectible, explicitando las condiciones implícitas, se determina el derecho: precisando el alcance (en una óptica pluralista) o concretizando el dictado. Pero ya se ha dicho que este camino es de difícil recorrido: si bien se dan casos donde la *regularización* del conflicto ha dado lugar a un sistema de reglas – por ejemplo en el superado caso de escuela sobre el conflicto entre libertad de prensa y tutela del honor. Donde funcione la *regularización* se determina una solución estable, al menos por un cierto tiempo, dando lugar a una regla posiblemente compleja pero definitiva.

Sin embargo, los principios se podrían concebir también como normas *pro tanto*, es decir, como normas que indican la relevancia de una propiedad que debe ser tenida en consideración invariablemente en el momento de

aplicasemos) los principios constitucionales no derrotables, se producirían – en la fase de su aplicación – conflictos prácticos insanables, en el sentido en que tendríamos dos principios constitucionales en conflicto, ninguno de los cuales puede ceder frente al otro. Sería por tanto un conflicto práctico sin solución. Mientras que si los concebimos como normas derrotables, esto permite una solución racional de los conflictos entre derechos fundamentales". *Cfr*. Comanducci, Paolo, "Problemi di compatibilità fra diritti costituzionali", *Analisi e diritto*, 2003-2003, p. 328)

[33] Si existen, se pregunta Celano, razones ético-políticas para considerar derrotables dos principios constitucionales en conflicto, ¿por qué estas mismas razones no podrían ser tomadas en consideración en el caso de conflictos entre principios constitucionales revisados? ¿Por qué estas razones juegan un rol en la primera revisión y no habrían de jugarlo más en las sucesivas? *Cfr.* Celano, Bruno, "'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili", en *Ragion pratica*, vol. 18, 2002, pp. 223-239.

[34] Moreso, José Juan, "A propósito de revisiones estables, casos paradigmáticos e ideales regulativos: replica a Celano", *Ragion pratica*, vol. 18, 2002, pp. 241-248, p. 246. Esta, con algunas variables, es una posición que se está difundiendo. *Cfr.* Zucca, Lorenzo (ed.), *An Exchange on Constitutional Dilemmas*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1284490 (fecha consulta 31/05/2012).

[35] Sobre el tema de la sistematización *Cfr.* Ratti, Giovanni B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

decidir un caso, pero sin regularlo en modo definitivo. En síntesis, los principios establecerían propiedades esenciales cuyo peso varía en relación a las propiedades establecidas por otros principios involucrados en el caso, de modo que la decisión del conflicto dependerá siempre de su respectiva fuerza. Sobre la solución incidirá fuertemente el contexto, el cual determinará la relevancia de las propiedades independientes que, *aun no modificando el contenido*, contribuirán a atribuir mayor o menor fuerza a cada principio. Desde este punto de vista, los principios corresponderían a DII pero sin determinar la solución del caso: aquellos representan sólo el deber de tener en cuenta ciertas propiedades en modo invariable toda vez que se encuentren en juego. Esta configuración es muy interesante y está llena de implicaciones tanto teóricas como políticas, las cuales se advierten en cuanto se reflexiona sobre la estructura de muchos derechos constitucionales que tienen forma de principios.[36]

Prosiguiendo con esta configuración, el conflicto no se resuelve con la formulación de un principio indefectible sino con una jerarquía axiológica móvil[37] que asigna a uno de ellos mayor fuerza. La aparición de las propiedades independientes contribuiría entonces a hacer más determinado el derecho, ya que su presencia define la fuerza de cada principio en relación con otro. Desde esta posición, los principios no responden a la pregunta sobre cuál es el curso de acción debido: no ofrecen razones excluyentes para calificar la acción concreta sino que únicamente representan propiedades o elementos necesariamente relevantes. Por ende, los principios podría configurarse como una regla de juicio, es decir, dirigidos a indicar el deber para el juez de tener en cuenta la propiedad indicada por el principio, de manera universal e invariable, no siendo reglas de comportamiento. No obstante, esta reformulación resuelve sólo aparentemente la dificultad, y en la medida en que las dificultades no sean resueltas, permanece la necesidad de resolver el conflicto. En la medida en que fuese posible transformar los principios en reglas se disolvería la necesidad de ponderarlos. Y, por lo demás, es precisamente por estas inciertas características que los principios se caracterizarían también por un peculiar método y/o aproximación interpretativa.[38]

[36] Véase mi artículo Pozzolo, "Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo", *op. cit.* (nota 9)

[37] Según la formulación de Riccardo Guastini.

[38] Las implicaciones de esta teoría se pueden observar, por ejemplo, también en el ámbito penal. *Cfr.* por último, por ejemplo, Vogliotti, Massimo, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

3. *Ponderaciones, balances, desacuerdos. El papel y la racionalidad de los procesos de interpretación/aplicación de los derechos.*

La interpretación del derecho por principios se presenta como más conflictiva que si el derecho estuviera compuesto por reglas, y para esos desacuerdos interpretativos el método ponderativo parece tener un gran éxito.

Aunque no esté muy claro en qué consiste, un elemento constante en las distintas configuraciones de la ponderación es el papel que desarrolla en ellas el principio de proporcionalidad. En la ponderación se sopesan valores con el fin de construir una proporción entre lo tutelado y lo sacrificado hasta llegar a un equilibrio – que, obviamente, no es físico, como el de los platillos de la balanza, sino que se trata de un equilibrio – entre valores creado sobre un tercer valor o criterio que ordena los otros dos en conflicto.

Según la literatura neoconstitucionalista, en el balance el intérprete puede optimizar la aplicación del valor restringiendo los ámbitos de los derechos fundamentales hasta un mínimo que quedaría garantizado.[39] Sin embargo, está claro que el problema del balance tiene sus raíces precisamente en la valoración de los factores que llevan a tal restricción y al resultado de la jerarquía entre los valores (o ponderación). Todo depende de la capacidad de los intérpretes para ofrecer argumentos buenos o convincentes[40]; sin embargo, esto no tiene nada de matemático, como en ocasiones sugeriría la idea de *sopesar los valores.*[41] Hay distintos modos de presentar como se sopesan los valores:[42] de forma un poco genérica, se dice que los casos normativos resultan siempre abiertos a la toma en consideración de nuevas condiciones de aplicación.[43] Así, por ejemplo, la interpretación del principio de *justicia social* encuentra condiciones de aplicación que varían en

[39] Bernal, Carlos, "Refutación y defensa del neoconstitucionalismo", en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 310.

[40] Véase Pozzolo, Susanna, y Ramos Duarte, Eccio O., *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral de Constituição*, Sao Paulo, Landy, 2010, pp. 104-123.

[41] Un ejemplo de esto me parece sea el debate en Zucca, Lorenzo, *An Exchange on Constitutional Dilemmas, op. cit* (nota 34).

[42] Sardo, Alessio, "Three Theories Of Judicial Balancing: A Comparison", *Dignitas,* No. 53-54, Vol. 2012.

[43] Es amplia la literatura. Véase, por ejemplo, Guastini, Riccardo *et al.* "Validity and Defeasibility in the Legal Domain", *Law and Philosophy*, vol. 29, núm 5, 2010, pp. 601-626. Para una perspectiva diferente, Guastini, Riccardo, *Interpretare e Argomentare,* Giuffrè, Milano, 2011; Alexy, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 11, enero-junio, 2009, pp. 3-14, http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cada ocasión en función del caso concreto. En cualquier caso, cuando se trata de principios, tampoco las condiciones explicitadas pueden considerarse como definitivas,[44] teniendo sólo un valor ejemplificativo.

Por ende, los principios se presentan como vagos[45] (quizás vacíos[46]), hasta el punto de que es difícil imaginar casos paradigmáticos en los que concuerden los juristas, los cuales permitirían identificar aquellas características mínimas pero ciertas e invariables de aplicación del concepto.[47] Está claro que los problemas que surgen son relativos bien a aspectos políticos –ligados a la justificación de la justicia constitucional – bien a aspectos semánticos– si fuesen casos de lenguaje vacío o confuso, ¿daría esto plena disponibilidad a los tribunales para decidir los significados?

Si así fuera, si los tribunales pudiesen decidir con libertad el significado de los textos, no existiría la constitución semántica que el neoconstitucionalismo da por segura: la constitución como algo distinto de las convicciones ético-políticas del tribunal. Por otro lado, si no fuese así, y los tribunales se encontrasen determinados o constreñidos en su actividad interpretativa, se daría el problema de la legitimidad misma de la constitución como límite a la mayoría, dado que hay desacuerdos y entonces indeterminación semántica.[48] El punto en discusión es la relación que existe entre desacuerdo e indeterminación. Si se cuestiona la existencia de una relación necesaria entre ellos, se podría sostener que estos conceptos no serían vacíos sino elementos necesarios para hacer el derecho dúctil, contribuyendo a generar controversias entre valores para que gane el mejor entre ellos.[49]

En cualquier caso, está claro que en el juicio de ponderación comienza por los elementos (o argumentos) introducidos en el concreto debate por los protagonistas del caso. Esto significa que no se da un debate sobre la base de *todos* los elementos involucrados por los principios en conflicto y,

[44] En realidad, la propuesta de Moreso querría llegar a eso. Véase Moreso, Jose Juan, "Conflitti tra principi costituzionali", *op. cit.*, pp. 202-206 (nota 25); "A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano", *Ragion Pratica,* vol. 18, 2002, pp. 241-248.

[45] Luzzati, Claudio, "Le metafore della vaghezza", *Analisi e diritto*, 1999, pp. 117-130, p. 117.

[46] Analiza el punto Iglesias, Marisa, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa*, vol. 23, 2000, pp. 77-104.

[47] ¿Excepto posiblemente en condiciones ideales? *Cfr.* Sardo, Alessio, "Three Theories Of Judicial Balancing: A Comparison", *op. cit.*(nota 42)

[48] Iglesias, Marisa, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretacion constitucional", *op. cit.*, p. 79 (nota 46).

[49] *Idem.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

además, que la decisión final siempre se sitúa en un punto de una escala valorativa. El razonamiento expresado en la decisión por parte de los intérpretes parece una racionalización *ex post* de una atribución de significado a los principios interpretados.[50] Pero el problema no es éste[51] ya que lo mismo sucede con las reglas. La cuestión, por el contrario, reside en el grado de "legitimidad" de estas atribuciones de significado; esto es, no parece tratarse tanto de un problema analítico-interpretativo, sino más bien de un problema constitucional de política del derecho.[52] En cierto sentido, de este modo se pone finalmente de manifiesto que la relación entre derecho y política nunca ha desaparecido.[53] Schauer ha sostenido que los derechos maduros funcionan a través de reglas, mientras que la ponderación sería típica de los sistemas más jóvenes.[54] Sin embargo, esto no aporta mucho a la comprensión del fenómeno porque tampoco explica la ausencia de estabilización de las revisiones que, por lo que puede observarse, resultan algo precarias tanto en viejos como en nuevos ordenamientos.[55] Está claro que en la medida en que sea posible transformar los principios en reglas, se disolverá la necesidad de ponderarlos. La difusión de la ponderación quizás

[50] Pozzolo, Susanna y Escudero Alday, Rafael (eds.) *Disposición versus norma*, Lima, Palestra, 2011.

[51] Creo que la distinción entre principios y reglas debe adoptarse en sentido débil. Sobre este punto véase Ferrajoli, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *Doxa*, vol. 34, 2011; Barberis, Mauro, "Esiste il neocostituzionalismo?," en *Analisi e diritto*, 2011. Me parece que es una confusión hablar de mayor o menor normatividad de reglas y principios, como propone Mauro Barberis en el texto indicado.

[52] Wróblewski, Jerzy, "Legal syllogism and rationality of judicial decision", *Rechtstheorie*, núm. 5, 1974, pp. 33-46. Entre lo más reciente sobre este punto y sobre interpretación de los derechos fundamentales, véase Mazzarese, Tecla, "Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali", en *Ragion pratica*, vol. 35, 2010.

[53] Esto, a mi parecer, justifica o sugiere la oportunidad de adoptar una perspectiva realista. Marra, Realino, "Liberi da Kelsen. Per un vero realismo giuridico", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 1, 2012; Pozzolo, Susanna, "Onde está o direito? Pluralismo jurídico e conceito de direito: reflexões à margem do pensamento kelseniano", Moura Costa Matos, Andityas Soares de y Santos Neto, Arnaldo Bastos (eds.), *Contra O Absoluto. Perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*, Curitiba – Paraná, Juruá, 2011.

[54] Véase Schauer, Frederick, "Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: a Case Study in Comparative Constitutional Architecture", en Nolte, Georg. (ed.), *European and US Constitutionalism*, Göttingen, Georg-August-Universität, 2005, pp. 49-69. Véase también, del mismo autor, "The Exceptional First Amendament", en Ignatieff, Michael (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

[55] Véase Pozzolo, Susanna y Ramos Duarte, Ecio O., "Neoconstitucionalismo e positivismo juridico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral de Constituição", *op. cit.*, pp. 104-123 (nota 40)

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

es síntoma de cuanto, al menos por el momento, sean conflictivas nuestras sociedades.

En la medida en que la ponderación alcance un equilibrio social y ampliamente compartido (reduciéndose el dato cuantitativo del contraste interpretativo), en este sentido, "ganando el principio mejor", también el término o el concepto valorativo interpretado podrá ofrecer información (y no sólo contenidos valorativos).[56] No obstante, el problema es que si se da la ponderación no existe acuerdo o concordancia y, además, la decisión del tribunal no se toma a través de los platillos de la balanza, y entonces el resultado será un parámetro o un significado fijado por el tribunal. Será posible comprobar qué elementos ha tomado el tribunal en consideración o proceder a una nueva y distinta valoración pero, en cualquier caso, unos y otros serían parámetros relativos al tiempo y al lugar en el cual se decide.[57] Esto muestra que, para contener la acusación de arbitrariedad en la interpretación constitucional, los ejemplos de "regularización" o "juridificación" de ciertos criterios, sobre la base de los que se construyen las proporciones entre los valores considerados, no son suficientes. O, mejor, esas regularizaciones pueden fijar parámetros contingentemente; si el criterio establecido se sigue en las decisiones sucesivas, la aplicación del principio –ahora precisado/concretizado– se habrá re-dibujado como regla; esto es, su grado de vaguedad se habrá parcialmente reducido porque será (momentáneamente) socialmente reconocible (aunque no sea unívocamente compartido).[58]

Los valores constitucionales están abiertos a diferentes modalidades de aplicación y su concretización es históricamente determinada y modificable, si bien ambas quedan comprendidas en un amplio marco. El debate

[56] Por ejemplo, tendremos un dato informativo sobre qué comportamientos aquella sociedad, o la mayor parte de sus componentes, considera degradantes o sobre cuáles comportamientos considera como casos de tortura, etc. Esto no significa sostener que el término "tortura" o "degradante" tenga un significado verdadero por sí mismo.

[57] Como en la nota previa se decía, hay datos contingentes, como podría ser la decisión acerca de un nivel mínimo económico hoy en Italia o en Perú, en Suecia o en China. Tal "mínimo" será diferente dependiendo de las condiciones de cada país.

[58] Sobre eso véase Iglesias, Marisa, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretacion constitucional", *op. cit.*, p. 83 (nota 46). El ejemplo propuesto por Iglesias, como ella misma advierte, no es precisamente correcto, pero es realmente útil para comprender este punto. "Rojo" puede llevar a discutir sobre distintas tonalidades, pero el término "color" abre una gama de posibilidades decididamente más amplia y comprende, además del rojo, también la tonalidad de "verde", de "amarillo", etc. Esto es, mientras el concepto simple tiene un sólo orden de características, el concepto complejo tiene distintos órdenes posibles.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

público y la democracia ganarían algo más de esa situación en la medida en que los intérpretes de los principios y valores constitucionales, que debaten sobre el significado de los principios en conflicto, ofrezcan la que para ellos es la mejor aplicación del concepto en cuestión.

En cualquier caso, también esta configuración de los principios deja abiertos muchos problemas. En primer lugar, la confrontación parece necesariamente dirigirse hacia el núcleo del significado –porque la discusión tiene que ir al corazón del concepto y no limitarse a los casos marginales, que no estarían en discusión[59]– y esto hace surgir el peligro de que el desacuerdo sustantivo colapse sobre el conceptual.[60] En segundo lugar, si se logra tener un conjunto de características que distingan al concepto (un criterio connotativo), parece claro que a un mayor grado de satisfacción corresponde con una menor incertidumbre.[61] Sin embargo, el problema sigue siendo justamente la concreción de ese criterio.

Quizá debería cambiarse de perspectiva y buscar soluciones realmente nuevas: discutir más profundamente nuestras creencias en torno al derecho y quizás considerar la idea de la estabilidad de los textos legales como solo aparente. Tal vez porque haya siempre un margen de apertura significativa, tanto que en los conflictos se reabre la discusión en una sede distinta.[62] Parece acertado afirmar que el significado de nuestro lenguaje está conectado con nuestras creencias y, por lo tanto, puede ser explicado en relación con las prácticas compartidas. También nuestro actos de habla son comportamientos, comportamientos lingüísticos. En este sentido, quizá no sirve de mucho reducir la cuestión de la interpretación y de los conflictos acerca de los derechos constitucionales a un mero análisis lingüístico. El significado de las cláusulas constitucionales está claramente vinculado con el valor que la comunidad otorga a ciertos bienes, al propósito que asigna a la existencia de la constitución.[63]

[59] *Ibidem*, p. 86.

[60] Marisa Iglesias nota como esto parece suceder si consideramos que las controversias sobre la vaguedad son determinadas por la incertidumbre; esto es, una situación donde los miembros de la comunidad lingüística no tienen certeza sobre los elementos adecuados para dar un sentido preciso al concepto. Si, por el contrario, se asumiera que la dificultad está conectada a meras zonas de incertidumbre – y, por tanto, el sentido del concepto estaría solo *underdetermined* – entonces se podría reconstruir la oposición entre interlocutores como una oposición en la que cada intérprete considera que ha identificado la mejor solución del caso. Distintas soluciones, pero todas a partir de los elementos compartidos.

[61] Luzzati, "Le metafore della vaghezza", *op. cit.*, pp. 120-122 (nota 45).

[62] *Ibidem*, p. 125.

[63] *Cfr.* Iglesias, Marisa, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretacion constitucional", *op. cit.*, p. 98 (nota 46).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Es cierto que hoy en día resulta difícil ocultar la utilidad de la ponderación en la aplicación de los principios: el problema es que no está muy claro cómo se asigna en cada ocasión el peso, según qué criterio. Obviamente, si fuese posible estructurar en cada ocasión los intereses a lo largo de una línea métrica compartida, no habría en realidad necesidad de ponderación. Por el contrario, a falta de una unidad de medida clara, parece necesario comparar la inconmensurabilidad: peso con longitud, calor con sabor, etc. Según algunos[64], esto –la comparación de lo inconmensurable– conduce hacia el agnosticismo moral. Unos distinguen entre casos de conflicto y casos dilemáticos: en los primeros los valores, aunque con dificultad, serían jerarquizables, mientras que en los segundos no habría razones para decidir en favor de uno u otro valor.[65] Otros,[66] distinguiendo entre inconmensurabilidad e incomparabilidad, afirman que no habría posibilidad de ninguna ponderación o equilibrio si la primera implicase la segunda; lo que hace posible la comparación es la existencia de un tercer criterio que permita ordenar los otros dos fundando la racionalidad del resultado, pero lamentablemente la elección del tercer criterio sigue siendo opinable. Y que se trata de un problema se muestra llanamente viendo como en muchos casos los tribunales acaban reconstruyendo el conflicto constitucional como si fuese un conflicto entre dos intereses para bajar la carga "fundamental" de la discusión.

En este último modo, sin embargo, si bien se va difundiendo bastante, se debilita la protección constitucional de los derechos y también se hace más frágil la misma constitución porque la se convierte en una variable contingente;[67] si todos los derechos y los valores están sujetos a ponderación no hay ninguna prioridad.

El peligro concreto es que el peso de la opinión mayoritaria –que defiende un cierto valor constitucional– resulte decisivo frente al interés de individuos particulares, que oponen otros valores constitucionales. Se ha señalado[68] que los tests de proporcionalidad involucrados en la ponderación se reducen a medir la intensidad de la interferencia sobre el derecho

[64] Por ejemplo, Waldron, Jeremy, "Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer", *Hastings Law Journal*, vol. 45, 1994, pp. 813-824.

[65] Véase Zucca, Lorenzo, *An Exchange on Constitutional Dilemmas*, *op. cit.* (nota 34).

[66] Véase Da Silva, Virgilio Afonso, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 31, núm. 2, 2011, pp. 273-301; especialmente, las pp. 282 y ss.

[67] Véase Tsakyrakis, Stravos, "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 3, pp. 468-493; especialmente p. 470.

[68] *Ibidem*, p. 474.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

respecto a la importancia del objetivo perseguido, con pretensión de producir un razonamiento objetivo, neutral. Pero es en virtud de un argumento moral que se asignan grados de prioridad a los valores: la ponderación entendida como principio de proporcionalidad no ayuda a ordenar ya que por si misma es un criterio de justicia vacío. Entonces, la proporcionalidad se convierte en una metáfora que evoca la precisión matemática o del equilibrio, lo que le otorga una ventaja persuasiva que le permite ocultar su irreducible arbitrariedad. El riesgo, en resumen, está en hacer parecer como fácilmente reducible la complejidad de la comparación entre derechos o valores fundamentales. ¿La ponderación no será una ilusión que acabará en una lenta erosión de la protección jurídica de los derechos? Asignar un lugar en una escala a los valores para resolver la ponderación es adherirse a una teoría sustantiva y, entonces, el resultado de la operación está lejos de ser auto-evidente y neutral respecto a ésta.

No creo, por tanto, que el peligro sea el agnosticismo moral, ya que en la decisión se aplica siempre una teoría sustantiva[69] parcial que, en efecto, es presentada como neutral. Sin embargo, indudablemente puede darse el peligro de una involución garantista, sobre todo observando ciertas argumentaciones ofrecidas por los tribunales y por la doctrina.[70] Debe quedar claro que, a mi parecer, el uso de la proporcionalidad –frente a su aparente razonabilidad– puede acabar por ignorar el papel defensivo y garantista que debería darse a aquellos que llamamos "derechos". En resumen, el

[69] Es paradigmática la oposición entre Robert Alexy y Jürgen Habermas: si bien el primero defiende la ponderación, el segundo la crítica severamente, sosteniendo que conduce al abandono de conceptos definitivos como justo/equivocado, correcto/incorrecto, en favor de la adopción de otros menos precisos, como adecuado/inadecuado, con lo que la misma justificación pierde fuerza a causa de la discrecionalidad. Véase Alexy, Robert, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris*, vol. 16, 2003, pp. 131-140.

[70] Tsakyrakis, tomando un ejemplo utilizado por David M. Beatty (*The Ultimate Rule of Law*, Oxford,Oxford University Press, 2004, p. 186), señala que el peligro está en la mala elección de los valores a sopesar. En el texto citado, por ejemplo, se contraponen la gravedad de la ofensa a la dignidad de los negros al forzarlos en clases separadas con la ofensa a la dignidad de los segregacionistas, es decir, de los blancos, al ser forzados a la integración. Afirma Tsakyrakis: "Una lectura apresurada de las palabras de Beatty llevará a concluir que la razón por la que la no segregación era requerida por la Constitución de los Estados Unidos se basaba en que el daño causado a los negros superaba el causado a los blancos. De aquí parecería seguirse que si la pérdida del sentido de superioridad de los blancos fuera mayor que la pérdida de los negros de su propia estima, la solución sería diferente. Pero esta es una absurda conclusión que contraviene nuestras intuiciones básicas acerca de los fundamentos de los derechos humanos. Erosiona los puntos característicos de los derechos al transformarlos en algo cuantificable". *Cfr*. Tsakyrakis, Stravos, "Proportionality: An Assault on Human Rights?"*op. cit.*, p. 448 (nota 67).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

lenguaje de la proporcionalidad antes que aclarar los aspectos morales y políticos involucrados, los oscurece tras una aparente racionalidad.

4. *El derecho y la justicia: la interpretación moral de la constitución*

El neoconstitucionalismo explica la difusión de la ponderación como una exigencia derivada de los nuevos criterios de validez del estado constitucionalizado, donde aquello que era considerado un juicio externo, ético, sobre la justicia de una norma, ahora es considerado un juicio interno sobre la validez. De este modo, la justicia entra a formar parte de los criterios de validez del sistema: pasa a formar parte de los criterios de la regla de reconocimiento, razón por la cual la interpretación moral de la constitución se hace necesaria.

Sobre las relaciones entre DERECHO Y MORAL existe una inabarcable literatura a la que no queda más remedio que remitir. No obstante, se pueden proponer algunas breves reflexiones.

En primer lugar, la justicia que pasa a formar parte de los criterios de validez ciertamente no es la justicia en cuanto tal (entidad, por otra parte, desconocida) sino, en cambio, un particular concepto de justicia preferido a otros. Sin embargo, por otro lado, parece obvio que la constitución incorpora una cierta visión ética: como muestra Kelsen, la elección misma de un banal procedimiento representa una decisión sustantiva. Por lo tanto, si el argumento quisiera decir únicamente esto sería poca cosa. ¿Qué más entonces?

Defendiendo la interpretación moral en realidad se obtiene la legitimación para proceder a través de continuas ponderaciones derivándose, como efecto en cadena, una difusa labor de concretización de los principios. Sin embargo, a causa de la formulación amplia o vaga de los principios las concretizaciones se configuran diversas precisiones de los principios interpretados; es decir, éstas especifican casos diversamente connotados, siendo todos ellos subsumibles bajo la misma formulación del conflicto (entre los principios involucrados). Esto, contrariamente a lo que debería asegurar la presencia de la moral en el derecho, evidencia la constante falta de relación biunívoca, que se vuelve a proponer nuevamente entre concretización y precisión. El camino podría prefigurar una amplia labor de especificación que, como ha escrito Schauer, podría ser síntoma de maduración del ordenamiento jurídico. Puede darse también que esto suceda en el futuro, pero es difícil poder pensarlo ahora, cuando parece irrefrenable la continua revisión de las precisiones efectuadas, cosa que vuelve a poner perennemente

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en entredicho el resultado de la ponderación, haciendo más incierto el derecho.

En segundo lugar, hay que subrayar que las constituciones contemporáneas se caracterizan por un cierto grado de pluralismo, acogiendo una perspectiva ética más bien genérica y amplia, que permite un múltiple número de concreciones y precisiones compatibles con su dictado. Adoptando entonces un acercamiento descriptivo, se podría verificar en sucesivas ocasiones la compatibilidad de la concreción interpretativa propuesta por el intérprete con el abstracto principio constitucional; pueden darse múltiples concreciones debidas a la amplia formulación de los principios sin que la elección de una u otra incida sobre su validez o sobre la validez del enunciado normativo de principio. En este sentido, como se ha dicho también en el precedente parágrafo, los significativos contrastes de los intérpretes, lejos de ser síntoma de la insignificancia del texto, podrían valorizar la mejor aplicación del concepto en discusión. Pero, en tal caso, la argumentación adoptada en favor de una particular concreción ofrecerá claramente razones dirigidas a influir el juicio externo subjetivo, pero aquella no probará "verdad" alguna. La tesis argumentativa permanece siempre como una opción entre otras, todas ellas en grado de declinar positivamente los principios constitucionales en cuestión. En síntesis, el sentido concreto de los principios se funda sobre una opción política que reconstruye los conceptos de modo compatible con una de las diversas concepciones transmitidas por el texto constitucional.

Por el contrario, afirmar que la justicia (o la moral) pasa a formar parte de los criterios de validez sugiere algo más; en particular, que la tesis argumentativa es la única o aquella correcta. En efecto, el discurso ya no es descriptivo sino directamente normativo. Es verdad que, en la medida en que la tesis argumentativa fuese ampliamente compartida (por lo que los intérpretes evidenciarían sobre el punto un bajo grado de desacuerdo), ésta reflejará la formulación de un principio que es parte de la moral positiva (la moral difundida entre los participantes), pero nada autoriza a atribuirle objetividad más allá de este simple dato de hecho, como parecería que quisiera hacer el argumento neoconstitucionalista.

En tercer lugar, si bien es difícil negar que entre derecho positivo y moral positiva existe una estrecha relación, bien diferente es afirmar que la juridicidad del principio depende de su bondad. La validez del principio depende en realidad de un acto de voluntad dotado de autoridad jurídica. Y, en efecto, los principios constitucionales son parte de un documento jurídico dotado de tal característica: un documento considerado vinculante y observado por los miembros del grupo social. Además, la constitución

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

incorpora una cierta teoría política susceptible de diversas concreciones, y es sobre esta última que se realiza la argumentación. Es una práctica persuasiva y sujeta a las contingencias que conforman el tipo de conflicto, el caso, el tiempo histórico, el grupo social y la ideología de los juristas y de los participantes. Y es siempre una decisión dotada de autoridad jurídica la que determina posteriormente el sentido específico de los principios en conflicto, y lo resuelve construyendo entre éstos una jerarquía axiológica.

Una forma diferente de argumentar la necesidad de la interpretación moral de la constitución es reconstruyendo las normas jurídicas como razones para actuar; desde esta óptica, se sostiene que las normas jurídicas deben ofrecer una justificación última de las acciones. La tesis ha sido sostenida, por ejemplo, por Carlos S. Nino[71]: la "verdadera justificación jurídica" de una decisión jurídica no puede ser separada de consideraciones morales.

Ahora bien, se ha señalado que si un razonamiento completo (bien formado) está compuesto por las razones no superfluas que conducen a la decisión, entonces puede existir una justificación jurídica sin recurrir a argumentos morales, siendo suficientes la premisa normativa y la premisa factual. Por ejemplo: 1) "Si *p*, debe ser *q*", 2) *p*, 3) *q*, entonces las ulteriores premisas –como "Se debe obedecer al legislador democrático", "El legislador democrático ha emitido la norma p"– y las ulteriores derivaciones –como "Debe ser q"– son lógicamente superfluas.[72] Pero ésta no es una justificación última porque termina en la norma positiva. Hay que preguntarse si tal pretensión no hace irrelevante el derecho en favor de las normas morales.[73]

[71] Nino, Carlos S., *El constructivismo ético*, Madrid, CEPC., 1989.

[72] Redondo, Cristina *et al.*, "Argumentacion Juridica, Lógica y Decisión Judicial", *Doxa*, vol. 11, 1992, pp. 247-262.

[73] Para explicar y justificar la técnica de la ponderación, entender su estructura, el mismo Alexy la incluye en el ámbito más amplio del principio de proporcionalidad. Ya en la teoría de los derechos fundamentales Alexy afirma que "es inaceptable un orden de jerarquía abstracto de valores de derecho fundamental, sea este orden cardinal u ordinal". *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 153 (nota 27). Si fuese posible jerarquizar los principios éstos operarían como reglas, pero se estaría en la schmittiana "tiranía de los valores". Aquello que pone en discusión Alexy es justamente la idea de un derecho como regla, de un derecho que regula en manera determinada: opaca. *Cfr.* Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford, 1991 (en castellano *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004). No existe una lógica de los valores –Cfr. Alexy, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 154 (nota 27)– o, al menos, no en el sentido en que se suele decir que existe para las reglas. Cuando los principios entran en colisión siempre se hace necesario tomar en consideración el principio opuesto, no se da un criterio de precedencia determina-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Se cuestiona posteriormente la regla de reconocimiento. Si se sostiene que la regla de reconocimiento es de tipo conceptual, las normas jurídicas pertenecerán al sistema en la medida en que satisfagan los criterios identificados por la regla y el problema de la normatividad del derecho será de tipo sociológico pero no teórico general y, por tanto, entraría en aquella área de consideraciones externas que versan sobre el derecho. Si se considera que la regla de reconocimiento es normativa, entonces el problema de la normatividad del derecho es interno y la identificación pasa por una calificación deóntica. Aquello que se requiere en este segundo caso es saber si hay una obligación jurídica de obedecer al derecho, no pudiendo ser la respuesta fáctica sino sólo normativa. Y si las razones últimas son por definición razones morales, queda claro que la justificación de la obligación no podrá ser más que moral. De este modo, desaparece la distinción entre lo jurídico y lo moral: tanto lo uno como lo otro forman parte de una único razonamiento práctico, de un único ámbito normativo.

---

do entre los valores (*Ibidem*, p. 155: "Al suponerse relaciones absolutas de precedencia entre los valores, éstos son colocados al mismo nivel que las reglas por lo que respecta a su comportamiento en caso de colisión."). En síntesis, en oposición a un derecho de reglas opaco y por ende justificado, aquí se da transparencia y continua necesidad de una nueva justificación del "deber ser". Dados estos presupuestos, no podían faltar las objeciones respecto del juicio de ponderación, y Alexy responde a las objeciones reclamando la posibilidad de fundar racionalmente los juicios así formulados. No obstante, ¿qué significa fundar racionalmente? En este ámbito significa al menos ofrecer buenos argumentos en favor de una tesis. Y los buenos argumentos, al final, persuaden o no son buenos, pero no prueban nada. Por ende, si se toma en serio, la objeción no ha sido superada. La famosa regla de la ponderación de acuerdo con la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro", se basa sólo en opiniones y en buenos argumentos, como ya se ha buscado evidenciar. De la reflexión alexyana sobre la ponderación, los derechos y los valores, emerge claramente que los derechos constitucionales en la perspectiva neoconstitucionalista no son ya los polos de una oposición entre personas e instituciones, o el "muro de fuego" (Habermas) que defiende al individuo de la ingerencia del derecho. Estos se convierten más bien en una materia suave que modela el "deber ser" constantemente, en aparente razón de un "ser" que cambia y que se particulariza. En realidad, esta continua adaptación pone profundamente en cuestión los esquemas, los conceptos y las ideas jurídicas heredadas por la tradición. Sin embargo, aquella no ofrecer aún ningún sustituto válido. Es decir, ¿podrán los tribunales sustituir a los legisladores a la hora de conformar y concretizar el derecho? ¿Qué legitimidad podrán exhibir? Si el principio/valor del consenso pierde su centralidad, ¿cómo afecta esto a las instituciones democráticas? Si las reglas nos permiten que sujetos y situaciones diversos puedan ser considerados iguales sólo cuando son subsumidos bajo un único punto de vista, ¿podemos hacer lo mismo mediante los principios?

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

A. *Equilibrios entre poderes e interpretación moral de la constitución.*

El argumento en favor (de la necesidad) de la interpretación moral de la constitución contrapone en alguna medida ésta a la interpretación literal, la cual podría tener el mérito de favorecer la certeza del derecho, pero que pagaría el precio determinante de no responder con justicia a las cuestiones constitucionales que se presentan en los tribunales (o en los debates parlamentarios), no pudiendo tener en cuenta las variables que cada caso conlleva, lo que parece que la "alejaría" de la letra de la norma. Ciertamente, se trata de un caso de ponderación de valores, ¿quizá entre una mayor certidumbre y una justicia más cercana a los casos concretos? Es evidente que la consideración de las cuestiones en juego es aún más compleja, y difícilmente es reducible a esta simple ponderación considerando las múltiples implicaciones que se derivan.[74] Sin embargo, aun en este caso, aquello que permitirá tomar una decisión será la adopción de un tercer criterio de preferencia que en estas páginas se encuentra representado por el punto de vista del constitucionalismo garantista y, por ende, de sus valores y objetivos.

Se pueden entonces realizar algunas consideraciones. Antes que nada, hay que señalar una dificultad de orden estructural: la interpretación moral de la constitución implica que la propia constitución no puede ser ya asumida como la norma más elevada del ordenamiento jurídico. La constitución no cierra el sistema: se presupone que es interpretada a la luz de principios superiores, supraconstitucionales,[75] de los cuales ciertamente no es que no quede clara su naturaleza.

Se presentan después dificultades semi estructurales, político-jurídicas, relativas al equilibrio entre los poderes constitucionales. Si, en la interpretación moral de la constitución, el agente consciente del cambio es el juez constitucional, entonces hay que notar que en verdad también el juez ordinario es investido con la misma competencia en la medida en que el texto constitucional se encuentre sujeto a una interpretación dirigida a derivar normas directamente aplicables a las controversias.[76] Si bien la actividad de

[74] Por ejemplo: ¿Cuánto pesa la formación del magistrado llamado a decidir la causa? ¿se encuentran preparados los actuales magistrados para enfrentar cuestiones de este tipo (y ya no solo cuestiones "técnico-jurídicas")?

[75] *Cfr.* Troper, Michel, "La nozione di principio sopracostituzionale", *Analisi e diritto*, 1996.

[76] En relación a los efectos horizontales de los derechos constitucionales, *Cfr.* por ejemplo, por último, Guastini, Riccardo, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milan, Giuffré, 2004, Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, *op. cit.* (nota 43).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

la aplicación del derecho no es ciertamente una actividad mecánica (pues el proceso interpretativo y de decisión del juez implica elecciones), la separación de poderes, más allá de su dimensión ideológica, ofrece un instrumento de garantía de los derechos individuales. En este cuadro de división, el tribunal constitucional representa un tercer órgano de garantía; sin embargo, con la interpretación moral de la constitución, su rol se transforma hasta ser reclamada dentro de la magistratura, por lo que esta última viene investida al mismo tiempo con un fuerte papel político.

Por el contrario, en el modelo de la división de poderes sólo el poder legislativo está legitimado para producir *nuevo* derecho –posición de poder a la que corresponde su responsabilidad política– y el poder jurisdiccional tiene labores de aplicación (de garantía, de igualdad y de certeza), de manera tal que el tribunal constitucional asume una posición externa y de tercero respecto a esta división (de garantía y de tutela contra las leyes lesivas de los derechos o no conformes a la constitución). En este panorama institucional, el tribunal constitucional representa una barrera contra las decisiones políticas que se salen de los cauces del río constitucional; de esta forma, se limita y se circunscribe su competencia para producir *nuevo* derecho[77]. La dosis de poder judicial ejercido por el tribunal constituye un instrumento de contrapeso respecto al posible arbitrio de la mayoría legislativa. El poder –por su naturaleza– tiende siempre a concentrarse y tiene que ser constantemente vigilado y jurídicamente limitado.

El modelo de constitución neoconstitucionalista, por el contrario, no insiste sobre la división del poder, dado que el poder mismo se ha modificado genéticamente: éste es controlado y necesariamente subordinado a la constitución, siendo naturalmente limitado. Dado que la limitación deriva de la disciplina dictada por la constitución, las decisiones políticas del legislador serán también fuertemente limitadas por los parámetros constitucionales. A menos que uno adhiera a una teoría de la interpretación cognitivista,[78] es difícil negar que esto no aumenta el poder dispositivo de la jurisdicción.[79]

Si bien "democracia constitucional" es una locución a la que se le pueden atribuir varios significados, me parece que ésta implica, por lo menos, lo siguiente: las ideas de igualdad, de autonomía y autodeterminación de los participantes en la comunidad política; y una regla de mayoría, como

[77] *Cfr.* Eisenmann, Charles, *La justice constitucionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], Presses Unversitaires D'aix, Marsella, 1986.

[78] *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, *op.cit.* (nota 43)

[79] Esto abre el temido peligro del "gobierno de los jueces" y, al menos en parte, el peligro del gobierno de los juristas, si bien aparentemente se disuelve aquel de la "tiranía de la mayoría".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

necesidad funcional, no sólo cerrada al cambio sino restringida, de la cual se encuentran excluidos ciertos ámbitos normativos. Dentro del marco constitucional, los sujetos *delegados* para tomar las decisiones políticas tienen la libertad de crear jerarquías de valores –de las cuales son políticamente responsables– para perseguir los objetivos socio-políticos que consideran prioritarios. También desde esta perspectiva la interpretación moral de la constitución plantea algunas perplejidades: (i) ¿la discusión intersubjetiva que caracteriza a la democracia es un valor fundamental (porque estimula la autonomía de los individuos, su participación en la vida social, etc.)?; (ii) ¿se considera que el proceso democrático, en cuanto procedimiento dirigido a alcanzar la unanimidad de los consensos, aún limitado por la regla de la mayoría (al cual se le reconoce generalmente un valor intrínseco, precisamente porque respeta la autonomía y la autodeterminación de los individuos), es más ventajoso que la reflexión individual?, por lo que (iii) ¿se explica, sin negar las anteriores premisas, la superioridad moral del juicio del juez (constitucional[80]) respecto de la valoración del legislador?

La objeción no afecta a la utilidad de un control de constitucionalidad sobre las leyes, porque las decisiones tomadas por la mayoría podrían, en cualquier caso, presentar vicios de forma y de contenido, y el control de constitucionalidad es un juicio de compatibilidad constitucional. Por el contrario, la interpretación moral, aumentando el valor dispositivo (y no sólo satisfaciendo aquél de garantía), debilita el principio de la autodeterminación y atribuye labores educativas a la aplicación del derecho por parte de los magistrados.[81]

Aquello que es atacado por la interpretación moral de la constitución son las mismas razones en favor del proceso democrático, además de aquellas en favor de la persistencia de la constitución misma. En efecto, desde esta perspectiva, se configuran sujetos políticamente irresponsables, y por lo demás, inflexibles a reformular las decisiones políticas y de valor adoptadas democráticamente: si la reflexión moral individual de un solo juez (o de algunos "sabios") es considerada superior a la discusión intersubjetiva, ¿qué sentido tiene mantener un procedimiento para la toma de decisiones colectivas de tipo democrático? La persistencia de la constitución, entendida como un documento auto-vinculante establecido por los ciudadanos, no tendría razón de ser porque el juicio moral del juez sería siempre más justo

[80] Pero también del ordinario cuando interpreta la constitución *contra legem*.

[81] Tampoco esta objeción afecta a la utilidad del juicio de constitucionalidad de las leyes, en la medida en que sean los individuos (asumiendo el papel del poder constituyente) quienes establezcan una forma de auto-paternalismo a través del texto constitucional.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

respecto de aquello que establecen las normas constitucionales. Pero los problemas emergen "en racimos"[82]: ¿quién controla al controlador?[83] Si la tutela de los derechos se confía a la palabra del juez separada de la letra del derecho, ¿no se hace menor la relevancia del derecho positivo tal y como lo conocemos?

Es cierto que la histórica precariedad de los derechos ha sido parcialmente resuelta cuando estos han encontrado un terreno más seguro mediante su transcripción jurídica y constitucional. Además, no habiendo sido jamás alcanzado un acuerdo sobre un conjunto determinado de normas morales, la operación que transfiere los derechos del discurso jurídico al moral crearía sólo la ilusión de su seguridad, escondiendo su intrínseca fragilidad.[84]

Hay también que considerar que la aplicación dúctil[85] del derecho tiene incidencia directa sobre la tutela de los derechos dado que termina siendo confiada tal tutela al "buen juez dotado de buen sentido". Si bien es cierto que de jueces de este tipo existen muchos, desde un punto de vista mínimamente garantista no puede considerarse más que un fracaso total. Mejor sería adoptar la perspectiva del "bad man" dado que, si el derecho debe ser un instrumento de garantía, su estructura debe considerar qué instrumentos activar cuando hubiese de acabar en las manos equivocadas, y no sólo a los posibles beneficios que derivan de su manipulación por obra del "buen juez". En efecto, el derecho es siempre expresión del poder y presenta dos caras: una de garantía y otra de opresión. Contraponer presuntas priorida-

[82] Parafraseando una eficaz imagen de Bruno Celano sobre el surgimiento de los derechos constitucionales ("¿Cómo debe ser la disciplina constitucional de los derechos?", *op. cit.*)

[83] *Cfr.* Guastini, Riccardo, "Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione", *Analisi e diritto*,1990, pp. 99-114.

[84] Algunos critican la previsión constitucional de los derechos sobre la base del hecho de que tal inserción restringe su alcance, por un lado, y la previsión de un catálogo finito de derechos no garantiza "todos" los derechos exigidos por una sociedad plural, por el otro. *Cfr.* Waldron, Jeremy, "A Rights-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, pp. 18-51; Para la posición contraria véase Moreso, José Juan, "Derechos y justicia procesal imperfecta", *II Convengo Ragion Pratica*, San Remo, 1997 (publicada en *Discusiones*, vol. 1, 2000). Otros, como Stephen Holmes, sostienen que la estrategia de la inserción de un *Bill of Rights* en el texto constitucional constituye una forma de autopaternalismo (justificado), un vínculo que refuerza la democracia: *Cfr.* Holmes, Stephen, "Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia" [1988], en Zagrebelsky, Gustavo *et al.* (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, 1996, pp. 167-208. *Cfr.*, también, Bulygin, Eugenio, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991, pp. 619-625; Guastini, Riccardo, "Diritti", *Analisi e diritto*, 1994, pp. 163-174.

[85] *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, *op. cit.* (nota 22).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

des de justicia concreta y sustancial frente a las exigencias de certeza, determinación y estricta legalidad (contraponiendo de este modo la interpretación moral a la aplicación del dictado de la ley) no es una operación sin riesgos ya que la dimensión garantista del derecho se disuelve, y permanece así incluso cuando no sea el buen juez el llamado a juzgar.[86]

B. *Un lugar para la jurisdicción.*

Afirma Alexy: "Hay dos diversas teorías (*Konstruktion*) básicas de los derechos fundamentales: una estrecha y rigurosa (*eng und strikt*), y otra amplia y comprehensiva (*weit und umfassend*); la primera es denominada 'teoría de las reglas', la segunda 'teoría de los principios'".[87] Señala correctamente Alexy que ninguno de los dos modelos teóricos se da plenamente en la realidad, pero ciertamente se dan aproximaciones: tendencias hacia uno u otro paradigma. Según Alexy, dicho esto, el punto es definir cuál es la mejor entre estas teorías para dar cuenta de las constituciones dotadas de un catálogo de derechos y de jurisdicción constitucional. Se trata, en verdad, también de comprender qué entiende Alexy –y, más en general, el neoconstitucionalismo– con la locución "dar cuenta de" ya que, si adoptamos la gran división, más bien parece difícil negar que aquí se desarrolla un discurso

[86] Así, en defensa de la interpretación moral contra "el positivismo jurídico duro" es recordada habitualmente la tristemente célebre locución "la ley es la ley". Es bueno notar cómo esto es sólo un artificio retórico: hay que hacer notar la ambigüedad de la locución una vez extrapolada del contexto histórico en que nació. En el ámbito de una sociedad constitucional, democrática y plural, una afirmación del tipo puede sólo ser leída en la perspectiva positiva del garantismo legislativo. *Cfr.* Garzón Valdés, Ernesto, "No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia", en Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, Moral y Política*, Madrid, CEPC, 1993. Si la autonomía y la libertad son valores y el derecho un "mal necesario", la afirmación del valor de la ley es una garantía contra las imposiciones morales de quien sea. "La ley es la ley", por lo tanto, representa una restricción prescriptiva de la libertad interpretativa del juez, una interpretación que – haciendo referencia al significado común de las palabras – restringe el ámbito dispositivo de la interpretación judicial. Esto puede parecer un defecto cuando la solución legislativa no satisface el sentido de justicia del intérprete, y comúnmente en estos casos los jueces configuran la existencia de una laguna axiológica. Pero hay que hacer una precisión. Existe una diferencia entre el caso en que sea judicialmente prevista una excepción al dictado legislativo sobre la base de una consideración *abstracta* de las leyes, y el caso en que la excepción sea construida sobre la base de una consideración en *concreto* de las leyes: en el primer caso la excepción permanecerá también para los casos futuros (satisfaciendo el principio de igualdad y de certeza), pero no en el segundo.

[87] Alexy, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *op. cit.*, p. 3 (nota 43).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

normativo. La teoría de los derechos fundamentales es una doctrina, una tesis normativa sobre cómo debería ser el derecho, una tesis que se basa en valores fundacionales y ampliamente compartidos, para hacer que estos se transformen en derechos positivos, aplicados y defendidos por los órganos institucionales. Estos derechos se pueden describir en sus aplicaciones, señalando también los confines lingüísticos; o bien, a partir de alguna doctrina política, se puede sugerir una u otra declinación positiva. Esta segunda actividad es política y hace uso de instrumentos teóricos, pero su objetivo no es científico sino práctico.

III. ¿POSITIVISMO NEOCONSTITUCIONALISTA?

El éxito del término "neoconstitucionalismo" no podría explicarse sin tener en cuenta la tendencia ideológicamente convergente de una parte de los iusfilósofos positivistas.

Las declinaciones del neoconstitucionalismo[88] fueron acompañadas, y es bueno notarlo, por una difusa tendencia moralista de la ciencia jurídica positivista que ha revestido también todo aquello que se incluye bajo la genérica etiqueta positivista.[89] Es así que se presenció el surgir de diversos y ulteriores positivismos, algunos realmente afines al neoconstitucionalismo (por ejemplo el *soft* o aquel *incluyente*[90]). Cada uno de ellos presenta peculiaridades, pero todos tienen por lo menos un elemento en común: nacen al calor *de* o se desarrollan *en torno* a la polémica abierta por Ronald Dworkin sobre la distinción entre normas y principios, y a la conexa disputa sobre las eventuales relaciones entre moral y derecho.[91] Todos proponen una *tercera vía* entre iuspositivismo y iusnaturalismo.

[88] Por ejemplo: "constitucionalismo de los derechos", "estado constitucional de derecho", "constitucionalismo avanzado".

[89] Se utiliza la etiqueta "positivista" más para señalar la común diferencia respecto al IUSNATURALISMO que por un conjunto de tesis compartidas, salvo aquella de que el derecho es algo creado por los seres humanos.

[90] Al primero se contrapone el *hard positivism*, al segundo el *exclusive positivism*, pero existen otros, por ejemplo la pareja positivismo *positivo* y positivismo negativo. *Cfr.* Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico, op. cit.* (nota 6), y Escudero Alday, Rafael, "La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo jurídico incluyente," en Pozzolo, Susanna (ed.) *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011, pp. 89-118

[91] *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977; Hart, Herbert L. A. "Postscript", en Hart, H. L. A. *The concept of law*, editado por Bulloch, Penelope A. y Raz, Joseph, Oxford, Clarendon Press, 1994.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

En general, estos juristas argumentan partiendo de la positivización de valores en el derecho por obra de las cartas constitucionales; siendo tales valores internos al derecho, el jurista puede (es más, debe) verificar y señalar su aplicación, la satisfacción y el respeto, sin que por ello se adopte un sistema normativo externo, es decir, sin hacer política del derecho. Siendo tales valores inherentes al derecho positivo, la verificación de su implementación sería una mera operación cognitiva.[92] En otras palabras, aquello que estos juristas indican con expresiones como "deber ser del derecho constitucionalizado" no está pensado como un ideal externo al derecho, sino como la necesaria declinación del derecho objetivo impregnado de valores. Tales valores, si no son satisfechos, puede afirmarse que han sido violados jurídicamente (y no sólo moralmente). Esta consideración derivaría simplemente de tener en cuenta la estructura jerárquica de los sistemas jurídicos constitucionales, analizando desde esta perspectiva "los conceptos centrales de la teoría jurídica",[93] como aquel de validez.

El argumento se estructura, grosso modo, asumiendo una jerarquía estructural[94] entre constitución y ley. Pero aquello que constituye el núcleo de la tesis es provisto por la jerarquía axiológica y material que subsiste entre dichos niveles normativos. Si las *normas* constitucionales *versan* sobre las legislativas – determinando el contenido y obligando a una cierta escala valorativa – entonces verificar que las segundas hayan emanado y se encuentren de conformidad con las primeras se convierte en una mera operación cognitiva. Es claro, al menos para algunos, que este camino presupone que se está trabajando con *normas* y no con disposiciones, por lo que se presupone que todas las operaciones interpretativas han sido ya concluidas y que, por ende, la propia conflictiva pluralidad de valores ha sido ya resuelta. El argumento se basa en una jerarquía estructural (que no versa sobre normas) al cual se suma una jerarquía axiológico-material (que versa sobre normas/valores) para atribuir o negar validez a las normas jerárquicamente inferiores. En suma, se sugiere que una cierta declinación y jerarquía de los valores constitucionales sea necesaria por la propia estructura jerárquica

[92] En la amplia literatura *Cfr.* por ejemplo, Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, Roma-Bari, Laterza, 2007; Aguiló Regla, Josep *et al.*, *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Madrid, Iustel, 2007; Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, CEPC, 1997.

[93] Moreso, José Juan, "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", *Isonomía*, vol. 19, 2003, pp. 267-282, p. 272.

[94] *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Il diritto come linguaggio*, II ed., Torino, Giappichelli, 2006, p. 98.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

del ordenamiento, casi para individuar una relación tendencialmente biunívoca entre texto constitucional y norma constitucional.

Esta reconstrucción posiblemente podría funcionar si se moviese dentro de una perspectiva formalista: si no existiese *diferencia* entre disposiciones y normas.[95] Pero las cosas no son tan sencillas, y ahora los nuevos positivismos y el neoconstitucionalismo son interrogados sobre el rol que deben jugar y sobre el sentido que deben tener los principios y los derechos constitucionales, advirtiendo la necesidad de sustraer del arbitrio interpretativo las disposiciones más fundamentales. En efecto, la perspectiva neoconstitucionalista si bien, por un lado, promueve la aplicación directa de la constitución, por el otro, en la medida en que la constitución no constituye más que un texto dirigido a los órganos del estado (y es atribuido a la exclusiva competencia interpretativa de la corte constitucional), se preocupa por la creciente multiplicación de sus significados concretizados.[96]

Reflexionando sobre este aspecto se puede rechazar la tentación de definir al neoconstitucionalismo como una doctrina antiformalista. Los neoconstitucionalistas, incluso aquellos positivistas, piensan que existe una manera correcta[97] y una errónea de interpretar las disposiciones constitucionales (sobre todo) de principio, dado que la moral determina el contenido del texto. El enfoque de tipo neoconstitucionalista no puede consentir que sea la interpretación la que decida el sentido concreto de una disposición de principio, dado que si así fuese –se dice– la constitución perdería su razón de ser. El antipositivismo de esta perspectiva no es de tipo antiformalista; antes bien, se mueve en dirección contraria, para contener el riesgo de arbitrio por parte del intérprete. Perdida la confianza en la potencialidad del legislador liberal, habiendo emergido la crisis de las democracias contemporáneas, la reflexión iusfilosófica deviene abiertamente normativa y se pone claramente en la óptica de solicitar la implementación de los derechos, lo que da sentido a la presencia de una constitución larga, rígida y garantizada. Es también por esto que en el proceso de constitucionalización el legislador desempeña un rol fundamental pero negativo: de manera cada vez más evidente se muestra inadecuado, en los tiempos y en los modos, para hacer frente a las exigencias de las sociedades en rápido movimiento.

[95] *Cfr.*, Pozzolo Susanna, y Escudero, Rafael (eds.), *Disposicion versus Norma*, *op. cit.* (nota 50).

[96] Sobre la concreción y estabilización del significado, *cfr.* Pozzolo, Susanna, "Congetture sulla giurisprudenza come fonte", en Triolo, Lucia (ed.) *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 115-145; Pozzolo, Susanna y Ramos Duarte, Ecio O. (eds.) *Neoconstitucionalismo e positivismo juridico, op. cit*. (nota 40).

[97] Exagerando se podría afirmar, incluso, que existe una manera "verdadera".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El *soberano* democrático se dirige a la jurisdicción transformando sus incapacidades políticas en cuestiones judiciales. Los aparatos jurisdiccionales se sienten llamados a intervenir y, para hacerlo, utilizan una constitución densa de principios, sustituyen a un legislador ineficiente e ineficaz, acentuando la crisis de las democracias.[98]

En este mutado panorama, la perspectiva metodológica analítica de un cierto positivismo jurídico y iusnaturalismo es considerada por muchos como insatisfactoria. Esta no ofrece soluciones *constructivas* o *normativas*, sino sólo instrumentos para una crítica *externa* al derecho. No puede sugerir cómo interpretar o cómo distinguir entre interpretaciones acertadas o erróneas; o al menos no puede hacerlo sin negarse a sí misma. El positivismo jurídico realista no puede negar que detrás de las decisiones interpretativas del juez que juzga las leyes existe una cierta concepción, una cierta doctrina, de la constitución: la decisión interpretativa no es mera cognición. Una decisión jurídica podrá presentarse como correcta sólo a la luz de una doctrina que la sostenga o en relación a los propósitos que los intérpretes hayan prefijado alcanzar. Pero lo oportuna o inoportuna que sea permanece obviamente como una cuestión política. La perspectiva metodológica analítica y iusrealista, en el fondo, no pueden sino ofrecer un cuadro, lo más detallado posible, de los sentidos transmitidos por los textos normativos; pero por su propio código genético no puede escoger entre aquellos diversos significados sin transformarse en una posición normativa.

Es justo aquí que emerge el discurso positivista-neoconstitucionalista. Basándose en el aparato conceptual analítico heredado, se desarrollan interesantes teorías con miras a producir metodologías y prácticas del correcto razonamiento, de la interpretación correcta, etc., de modo que se transforma el conflicto – típico del derecho – en una mera práctica de acertamiento de la verdad, y no sólo procesal. Diversamente al positivismo analítico, el neoconstitucionalismo y los nuevos positivismos no buscan conocer el derecho en sus varias o posibles declinaciones concretas sino que buscan conformarlo de acuerdo a ciertos fines. Se colocan en la óptica de ofrecer instrumentos, justificaciones y métodos a los intérpretes a la luz de ciertos fines. Se trata de doctrinas normativas, de propuestas sobre política del derecho, con fines (diversamente eficaces o ineficaces) declaradamente antidespóticos y garantistas.[99]

[98] También respecto a esto, considero que esta cuestión se encuentra conectada con el amplio debate sobre la democracia deliberativa y el republicanismo de los últimos años.

[99] *Cfr.* Las reflexiones se encuentran contenidas en Pozzolo, "Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo", *op. cit.* (nota 9).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

IV. Constitución y programa político

La constitución larga, rígida y garantizada constituye el límite ante el arbitrio político. Si bien la idea de constitución no es en sí misma un instrumento nuevo, su peculiar forma parece ser suficiente como para configurar una metodología específica para el control jurídico del poder, la cual se distinguiría de los modelos precedentes. La constitución se parece cada vez más a un programa político que se caracteriza por el incesante tentativo de adecuarse a una realidad en rápido y perenne cambio. En este sentido, el neconstitucionalismo y los nuevos positivismos se incluyen plenamente en la tradición del constitucionalismo como doctrina de la limitación jurídica del poder. Otra cosa es valorar la adecuación respecto al propósito: si la opción sustancialista es mejor que la tradicional.

Los nuevos positivismos y el neconstitucionalismo subsumen el RAZONAMIENTO JURÍDICO de los sistemas constitucionalizados en la categoría del razonamiento moral general: en el plano de la justificación se da conexión necesaria entre derecho y moral. ¿Qué implica esto en el plano del constitucionalismo? No preocupa tanto (en el plano teórico-general) una reconocida creatividad del intérprete, cuanto como la sospecha de que (en el plano político-filosófico) la unidad del razonamiento práctico aumente el margen ya existente entre realidad e ideal constitucionalista. Dado que el constitucionalismo es una técnica de limitación jurídica del poder, sus propuestas pueden ser valoradas con base en un juicio de adecuación (probable) respecto al propósito perseguido. La moralización del derecho que deriva del enfoque neoconstitucionalista no parece el medio adecuado para maximizar el fin garantista.[100]

Me parece que es bastante extendida la idea de que el intérprete no es un mero ejecutor sino un coautor del derecho positivo y, por lo tanto, es claro que aportará significados y juicios fundados sobre el propio sistema normativo, incluso morales. Pero la justificación sobre la atribución de significado (la individualización de la norma), al final, si se trata de un juez –y sobre todo de jueces de un sistema jurídico donde aún permanece el

[100] Es más, insistiendo sobre la tendencia que algunos han evidenciado hacia el particularismo del nuevo modelo hay quien se pregunta si el "estado constitucional" sea todavía calificable como "de derecho".

No obstante, es necesario precisar que el enfoque neoconstitucionalista en ciertos contextos ha desarrollado un papel importante sobre el plano de la implementación de los derechos constitucionales y, en este sentido, también sobre el plano del reforzamiento de las garantías para el ciudadano. La crítica se centra antes que nada en el debilitamiento de los poderes de garantía que este enfoque implica. *Cfr. Idem.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

principio de legalidad–, será jurídica y no moral, y será argumentada con base a razones jurídicas y no con base a razones morales.[101] Este mismo juez podrá realizar su mayor esfuerzo en el tentativo de individuar una norma moralmente justificada para el caso en cuestión, pero si no lo lograse, en los sistemas modernos, no podría no aplicar una norma sólo porque no le gusta o la considera moralmente injustificada, a menos que no sea prevista la posibilidad jurídica de una "objeción de conciencia" al respecto.

¿Qué significa entonces afirmar que la decisión jurídica puede fundarse sobre una norma moral? Paolo Comanducci y José Juan Moreso proponen cuatro hipótesis, llegando a conclusiones opuestas. Podría tratarse de: i) una norma moral objetivamente verdadera, correspondiente a "hechos morales"; ii) una norma moral objetivamente racional, aceptable para un auditorio racional; iii) una norma moral individuada subjetivamente; iv) una norma moral intersubjetivamente "aceptada". Mientras que Comanducci sostiene que todas estas hipótesis son inadecuadas, Moreso opina lo contrario. Desde la perspectiva de Moreso, lo que harán los jueces será argumentar para mostrar que, sobre el punto en cuestión, su moral es la mejor. ¿No el derecho? Moreso, como otros neoconstitucionalistas, sostiene que al final una decisión jurídica es justificada si lo es también moralmente. A su parecer, esto, además de ser plausible, no implica ninguna consecuencia negativa. La reconstrucción del argumento pasa a su juicio a través de una justificación lógica –quien llega tarde a trabajar es castigado con la pena de muerte, Juan hoy llegó tarde a trabajar; Juan debe ser castigado con la pena de muerte–, una jurídico estructural– si N1 es aplicable en S y la descripción del hecho es verdadera[102] (¿o aceptable?), entonces la conclusión está justificada, –para llegar a una conclusión moral– dado que incide sobre el bienestar de Juan, escribe Moreso, se trata de una decisión que tiene relevancia moral, por lo tanto se puede cuestionar sobre la justificación moral.

La reflexión es operada con *normas*. Siguiendo a Moreso, supóngase una norma que establece la pena de muerte por llegar tarde al trabajo: obviamente no sería considerada una pena moralmente justificada (al menos, no lo sería para nosotros aquí y ahora). Por lo tanto, agrega Moreso, si es moralmente injustificada la norma el juez, si "es un agente moral racional, *ceteris paribus*, no debe tomar esa decisión".[103] Si esto es exigido por la conexión justificativa, Moreso entonces se pregunta ¿por qué entonces tal

[101] Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, *op. cit.* (nota 43).
[102] *Cfr.* Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005
[103] Moreso, José Juan, "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", *op. cit.*, p. 279 (nota 93).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tesis habría de ser controvertida? La tesis de la conexión se hace "bastante inocua", según Moreso, dado que los jueces son agentes morales y "cuando toman decisiones que afectan al bienestar de terceros (lo que ocurre virtualmente siempre en las decisiones judiciales) deben (un deber moral) fundarla en normas morales".[104]

A estas alturas no me queda claro por qué una persona habría de dejarse juzgar por un juez y no por un filósofo o por una persona de culto: ¿qué autoridad lo distingue? La tesis por ende es poco inocua, si se tiene en cuenta el hecho de que el juicio dependerá en cada ocasión de la moral del juez, ya que no sabremos jamás con antelación si aplicará el derecho o si lo considerara moralmente injustificado, emergiendo nuevamente los problemas ya señalados en relación a la justificación de la democracia. Moreso se pregunta: ¿cuál es el rol de las normas jurídicas en el razonamiento práctico? Sin embargo, se podría también preguntar acerca de la razón misma para plantear tal cuestión, y no otra que permita una respuesta diferente a fundar la obligación política de algún tipo de obediencia. Adoptando una posición rawlsiana, Moreso se pregunta cuál debería de ser el diseño de nuestras instituciones "para que las normas jurídicas ocupen el lugar adecuado en la estructura básica de las instituciones de una sociedad justa".[105]

Me parece bastante evidente que se trata de una cuestión de filosofía política, ¿por qué hacer de ella una cuestión teórico-general?

El neoconstitucionalismo se mueve en el plano filosófico-político y los nuevos positivistas, en dificultad para abandonar su aparato teórico-conceptual, buscan adecuarlo al nuevo credo. Aquí nace el interrogante sobre el puesto de las normas jurídicas: aquello que se busca es una razón sustancial, y no instrumental, para atribuir al derecho un carácter obligatorio. A este respecto es interesante la discusión que se ha dado en Brasil. También aquí, a partir de la Constitución Federal de 1988, se argumenta la juridificación de la moral gracias a la incorporación de los valores en el dictado constitucional,[106] y se defiende la tesis de una necesaria relación

[104] *Idem.*

[105] *Ibidem*, p. 280.

[106] *Cfr.*, por ejemplo, Barroso, Luís Roberto, "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil", *Jus Navigandi*, vol. 9, núm. 851, 2005 http://jus2.uol.com.br/doutrina/textt.asp?id=7547; Cavalcanti Maia, Antonio, "As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo", *Revista Diálogo jurídico*, vol. 16, 2007; Ribeiro Moreira, Eduardo, *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*, Bela Vista- São Paulo, Metodo, 2008. Agradezco a Amélia Rossi por las preciosas indicaciones que me ha dado sobre la literatura jurídica brasileña. *Cfr.* Do Carmo Sampaio Rossi, Amélia "Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito", tesis doctoral que se puede encontrar en

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

entre el derecho y la moral. En el debate brasileño es particularmente clara la inadecuación de los instrumentos iuspositivistas para los fines del desarrollo y de la implementación de los principios y de los derechos constitucionales. La preocupación de estos juristas es por el desarrollo de una teoría jurídica que realice la expansión de los derechos fundamentales,[107] y la consolidación de una concepción (neoconstitucionalista) preceptiva de la constitución como norma[108] parece un paso necesario. También aquí es la presunta necesidad la que funciona como fundamento y justificación de la doctrina: la adopción del enfoque neoconstitucionalista no sería una elección política en vista de ciertos fines (loables por lo demás), sino que sería una exigencia impuesta por la genética del material constitucional. Si no sorprende que el iuspositivismo se muestre inadecuado para perseguir propósitos políticos de tal tipo, aquello que podría causar perplejidad es cómo esta literatura no considera tener que ubicar estos problemas bajo el título de "políticos". Probablemente la razón se encuentra aún en la falta de confianza respecto a la capacidad del órgano legislativo y se sienta "más seguridad" judicializando el tema de la implementación de los derechos.

Pero el hecho de que un derecho positivo (un sistema jurídico positivo) prevea o no la legítima defensa como causa de justificación, o que prevea un cierto tipo de error y no otro como causa de anulación de un contrato, depende, *en todos los casos*, de los valores asumidos en el mismo sistema jurídico. Es decir, afirmar –como lo hace Moreso– que "un derecho privado sin vicios del consentimento sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto",[109] no es menos dependiente de una elección de valor: sencillamente nos gustará menos, pero no respetará menos nuestra autonomía (como en cambio parece pensar Moreso). Establecer que el contrato debe ser conservado o anulado, que un tipo de error excluya la responsabilidad y no otro, son todas elecciones de valor que favorecerán a uno u otro contratante. Que después una nos guste más que la otra es otra cuestión. Configurar (sobre todo) los principios y tipicamente los derechos constitucionales como normas derrotables, permite adaptar a cada ocasión la regla a las

http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf?sequence=1 (31/05/2012) y publicada como *Neoconstitucionalismo - Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?*, Curitiba – Paraná, Juruá Editora, 2011.

[107] Por ejemplo, *Cfr.* Cavalcanti, Maia, "As transformacioes dos sistema", *op. cit.*, p. 7 (nota 106); Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radigrafía teórica*, Mexico, FCE, 2006.

[108] Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, *op. cit.* (nota 2).

[109] Moreso, José Juan, "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", *op. cit.*, p. 275 (nota 93).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

peculiaridades del caso evitando conflictos insanables,[110] realizando "una pretensión mayor justicia."[111] Sin embargo, sólo demostrando la estabilidad de las revisiones normativas obtenidas sería posible evitar el particularismo inherente en esta solución.[112] Pero si existen razones ético-políticas para considerar derrotables dos principios constitucionales en conflicto, ¿por qué estas mismas razones no deberían de ser tomadas en consideración en el caso de conflictos entre principios constitucionales revisados? ¿Por qué estas razones realizan un papel en la primera revisión pero no habrían de cumplirlo ya en las sucesivas? La declinación concreta de los derechos constitucionales positivos no está determinada: dependerá de la mediación legislativa, cuya decisión se podrá considerar inadecuada o insuficiente, sin que ello cambie la naturaleza política de tal juicio. La posible lamentada laguna se basa en la falta "no de una norma cualquiera, sino de una norma 'justa'".[113] Posiblemente, como ha escrito Atienza, el "constitucionalismo contemporáneo ha modificado nuestra manera de entender el Derecho y ha llevado, en cierto modo, a poner en primer plano la dimensión argumentativa del Derecho",[114] y ya no se puede volver atrás.

Frente al fenómeno neoconstitucionalista se pueden adoptar diversas posturas y tener diferentes creencias. Muchos han sostenido que la perspectiva iuspositivista no podría representar ya la base teórica para dar cuenta del derecho constitucionalizado; otros han sostenido que no sería necesaria una nueva teoría; alguno, finalmente, ignora el fenómeno. A mí me parece que es necesaria una creciente atención hacia la argumentación jurídica y hacia la configuración del nuevo balance y rol de las funciones del poder. Este último, en la medida en que sea explicitado, puede ser sujeto a algún control sobre la base de diversos criterios (razonabilidad, racionabilidad, congruencia), pero la adopción de una perspectiva epistémica, importante para estos fines, no se puede esconder tal poder detrás de alguna moral (cualquiera que esta sea), ni puede pensar en conseguir hacerlo de manera inocua.

110 Comanducci, Paolo, "Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali", *op. cit.*, p. 328 (nota 32).

111 *Cfr.* Pace, Alessandro, "Metodi interpretativi e costituzionalismo", *op. cit.*, p. 61.

112 Celano, Bruno, "'Defeseability'e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili", *op. cit.* (nota 33).

113 Guastini, Riccardo, *Il diritto come linguaggio*, *op. cit.*, p. 155 (nota 94); Bobbio, Norberto, *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 96-97.

114 Atienza, Manuel, "Argumentación y Constitución", en Aguiló Regla, Josep *et alii.* (eds.), *Fragmentos para una teoría de la constitución*, *op. cit.*, p. 113 (nota 92).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Cierto es que pocos se resisten a la tentación de unificar el sistema jurídico y el moral, si bien la separación entre derecho y moral, y su recíproca autonomía, son el fundamento del garantismo.[115]

V. Bibliografía

AGUILÓ Regla *et al.*, *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Madrid, Iustel, 2007.

ALEXY, Robert, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris*", vol. 16, 2003.

_____, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

_____,*Theorie der Grundrechte*, Berlin, Suhrkamp,, 1994. (en castellano, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEOC, Madrid, 1993).

_____, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad," *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 11, enero-junio, 2009, pp. 3-14, http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf

BARBERIS, Mauro, "Esiste il neocostituzionalismo?", *Analisi e Diritto*, 2011.

_____, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2008.

_____, *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2012.

BARROSO, Luis Roberto, "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil", *Jus Navigandi*, vol. 9, núm. 851, 2005 <http://jus2.uol.com.br/doutrina/textt.asp?id=7547>.

BEATTY, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford,Oxford University Press, 2004.

BERNAL, Carlos, "Refutación y defensa del neoconstitucionalismo", en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007.

BOBBIO, Norberto, *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994..

_____, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, con prefacio de Luigi Ferrajoli, Roma, Bari, Laterza, 2011.

[115] *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, "Principia iuris: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional", *Doxa*, vol. 31, 2008, pp. 325-353 (relacionado al seminario italo-español: *Diritto e democrazia costituzionale. Discutendo* Principia Iuris *di L. Ferrajoli*, Brescia 2007); Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

BULYGIN, Eugenio, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991.

CAVALCANTI Maia, Antonio, "As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo", *Revista Diálogo jurídico*, vol. 16, 2007.

CELANO, Bruno, "'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili", *Ragion pratica*, vol. 18, 2002, pp. 223-239.

_____, "Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?", en POZZOLO, Susanna (ed.) *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002.

COLEMAN, Jules y SHAPIRO, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, 2004.

COMANDUCCI, Paolo, "Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica" (traducción al castellano: "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía*, vol. 16, 2002).

_____, "Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali", en *Analisi e Diritto*, 2003-2004.

DA SILVA, Virgilio Afonso, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 31, núm. 2, 2011.

DAIS, Eugene E., *Konstitutionalismus versus Legalismus?*, Stuttgart, Steiner Verlag, 1991.

DO CARMO SAMPAIO ROSSI, Amélia, *Neoconstitucionalismo - Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?*, Curitiba – Paraná, Juruá Editora, 2011.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

EISENMANN, Charles, *La justice constitucionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], Presses Unversitaires D'aix, Marsella, 1986.

ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004.

_____, "La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo jurídico incluyente," en Pozzolo, Susanna (ed.) *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *Doxa*, vol. 34, 2011.

_____, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *Principia Iuris*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto *Derecho, Moral y Politica*, Madrid, CEPC, 1993.

GUASTINI, Riccardo, "Diritti", *Analisi e diritto*, 1994.

_____, "La costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico italiano", *Ragion Pratica*, vol. 11, 1998, pp. 185-206 (en castellano "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en CARBONELL, Miguel (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003)

_____, "Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione", en *Analisi e diritto*,1990.

_____, *Il diritto come linguaggio*, II ed., Torino, Giappichelli, 2006.

_____, *Interpretare e Argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.

_____, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milan, Giuffré, 2004.

_____, *Lezioni di teoria e diritto dello stato*, Torino, Giappichelli, 2006.

GUASTINI, Riccardo *et alii.*, "Validity and Defeasibility in the Legal Domain", *Law and Philosophy*, vol. 29, núm 5, 2010.

HART, Herbert L. A. "Postscript", en Hart, Herbert L. A. *The concept of law*, editado por Bulloch, Penelope A. y Raz, Joseph, Oxford, Clarendon Press, 1994.

HIRSCHL, Ran, "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide", *Fordham Law Review*, vol. 75, núm. 2, 2006.

HOLMES, Stephen, "Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia" [1988], en Zagrebelsky *et alii.* (eds.), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.

IGLESIAS, Marisa, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa*, vol. 23, 2000, pp. 77-104.

LUZZATI, Claudio, "Le metafore della vaghezza", en *Analisi e Diritto*, 1999.

MARRA, Realino, ""Liberi da Kelsen. Per un vero realismo giuridico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 1, 2012.

MAZZARESE, Tecla, "Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali", *Ragion Pratica*, vol. 35, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi", en Mazzarese, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale*, Torino, Giappichelli, 2002.

MEZZANOTTE, C. "Le fonti tra legittimazione e legalità", *Queste Istituzioni*, 1991.

MORESO, J. J., "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", *Isonomía*, vol. 19, 2003.

_____, "Conflitti fra principi costituzionali", en *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 2, 2002.

_____, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, CEPC, 1997.

_____, "A propósito de revisiones estables, casos paradigmáticos e ideales regulativos: replica a Celano", en *Ragion Pratica*, vol. 18, 2002.

_____, "Derechos y justicia procesal imperfecta", *II convengo Ragion pratica*, San Remo, 1997 (publicada en *Discusiones*, vol. 1, 2000).

NINO, Carlos S., *El constructivismo ético*, Madrid, C.E.C., 1989.

PACE, Alessandro, "Metodi interpretativi e costituzionalismo", en *Quaderni Costituzionali*, vol. 1, 2001.

PINO, Giorgio, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

POZZOLO, Susanna, "Congetture sulla giurisprudenza come fonte", TRIOLO, Lucia (ed.) *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, Giappichelli, 2001.

_____, "Onde está o direito? Pluralismo jurídico e conceito de direito: reflexões à margem do pensamento kelseniano", en Moura Costa Matos, Andityas Soares de y Santos Neto, Arnaldo Bastos (eds.), *Contra O Absoluto. Perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*, Juruá, Curitiba-Paraná, 2011.

_____, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, vol. 21, núm. II, 1998.

_____„ "Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo", en POZZOLO, Susanna. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011.

_____, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.

_____, *Positivismo y neoconstitucionalismo*, Lima, Palestra, 2011.

POZZOLO, Susanna, y RAMOS DUARTE, Eccio O., *Neoconstitucionalismo e positivismo juridico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral de Constituição*, 2a. ed., Sao Paulo, Landy, 2010.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

PRIETO SANCHÍS, Luis, "Principia iuris: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional", *Doxa*, vol. 31, 2008.

RATTI, Giovanni B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.

RAZ, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", en COHEN, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and the Contemporary Jurisprudence*, New York, Rowman & Allanheld 1984.

REDONDO, Cristina, "Legal Reasons: Between Universalism and Particularism", *Journal of Moral Philosophy*, vol. 2, núm. 1, 2005.

REDONDO, Cristina *et al.*, "Argumentacion Juridica, Lógica y Decisión Judicial", *Doxa*, vol. 11, 1992.

RIBEIRO MOREIRA, E., *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*, Metodo, Bela Vista- São Paulo, 2008.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radigrafía teórica*, Mexico, FCE, 2006.

SARDO, Alessio, "Three Theories Of Judicial Balancing: A Comparison", *Dignitas,* No. 53-54, Vol. 2012.

SCHAUER, Frederick, "Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: a Case Study in Comparative Constitutional Architecture", NOLTE, Georg (ed), *European and US Constitutionalism*, Georg-August-Universität, Göttingen, 2005.

_____, "The Exceptional First Amendament", en IGNATIEFF, Michael (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005.

_____, *Playing by the Rules*, Clarendon, Oxford, 1991 (en castellano *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004).

SCHIAVELLO, Aldo, "Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?", *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2003.

TROPER, Michel, "La nozione di principio sopracostituzionale", *Analisi e Diritto,* 1996.

TSAKYRAKIS, Stravos, "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 3.

VILLA, Vittorio, "La teoria dell'interpretazione giuridica fra formalismo e anti-formalismo", *Etica & Politica /Ethics & Politics*, vol. 1, 2006, pp. 1-19, p. 9, http://www2.units.it/etica/2006_1/VILLA.htm.

VOGLIOTTI, Massimo, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

WALDRON, Jeremy, "A Rights-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993.

_____, "Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer", *Hastings Law Journal*, vol. 45, 1994.

WEIF, Lenar, "Rights", *Standford Encyclopedia of Philosophy*, http://plato.stanford.edu/entries/rights/

WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Legal syllogism and rationality of judicial decision", *Rechtstheorie*, núm. 5, 1974.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992 (en castellano *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995).

ZUCCA, Lorenzo (ed.), *An Exchange on Constitutional Dilemmas*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1284490 (fecha consulta 31/05/2012).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 11

METODOLOGÍA DEL DERECHO. DEFENSA PARCIAL DE UNA VISIÓN ALTERNATIVA

Verónica Rodríguez Blanco*

Sumario. I. *Introducción.* II. *El debate metodológico de la teoría jurídica.* III. *Hart y Dworkin: Dos visiones de la metodología jurídica.* IV. *Metafísica Revisionaria y Metafísica Descriptiva.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

I. Introducción

En el presente ensayo voy a utilizar el término "metafísica" en un sentido más bien laxo, a fin de incluir reflexiones de carácter de segundo orden y teorías sobre la naturaleza de conceptos tanto descriptivos como normativos.[1] Así, el presente estudio argumenta que existen dos perspectivas metodológicas predominantes entre los teóricos jurídicos contemporáneos. Por un lado, una visión abstinente, la cual asevera que los juicios de carácter metafísico son reducibles a juicios sustantivos.[2] Si dicha reducción no es posible, argumenta el teórico abstinente, entonces tales juicios están condenados a ser ininteligibles, son mera "charlatanería" o "retórica". La segunda perspectiva es la descriptivista, la cual endorsa la metodología de "análisis conceptual" y apuesta a la importancia de dicho análisis como preámbulo para una metafísica rigurosa y seria. Esta segunda perspectiva suele llamarse "metafísica descriptiva". De esta manera tenemos que la

* Senior Lecturer, Birmingham Law School (Reino Unido).

[1] Por ejemplo, el término "metafísica" en este sentido laxo puede incluir reflexiones sobre la existencia o la no-existencia de hechos normativos, legales o morales. Así como puede referirse al contenido ontológico, bien sea hechos en el mundo, estado de cosas, propiedades u objetos, de nuestros conceptos o esquemas conceptuales. La comprensión del término no requiere defender o presuponer ninguna teoría filosófica (Kantiana, Platónica, Humeana, etc.) sobre lo existente.

[2] Dworkin, Ronald, *Law"s Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 409-431.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

visión abstinente resalta la importancia del punto de vista interno y evaluativo mientras que la perspectiva descriptivista metafísica se aferra al punto de vista descriptivo. Ambas posiciones sufren de deficiencias irreparables y este ensayo posee un doble propósito: por un lado se aspira someter a escrupuloso estudio las deficiencias de ambas visiones metodológicas y por el otro lado, se defiende una "tercera" posición, más viable y prometedora, que brindaría una respuesta a la siguiente pregunta ¿Cuál es la metodología más adecuada para comprender, estudiar y analizar las complejidades y sutilezas del derecho, incluyendo la dualidad de su naturaleza, es decir, sus dimensiones sociales y normativas?

La visión abstinente ha sido ardua y extensivamente defendida por Ronald Dworkin, quien caracteriza las explicaciones metafísicas como "neutrales" y "austeras".[3] Para Dworkin, "neutralidad" y "austeridad" han de ser rechazadas. Neutralidad implica que las teorías metafísicas no suelen tomar ninguna posición con respecto a los aspectos sustantivos de la moral. Así, una teoría metafísica diría que hay verdades morales objetivas, pero cuando el teórico o el agente confronta un dilema moral como el aborto o la eutanasia, las teorías metafísicas no poseen la artillería conceptual para defender una posición sobre la corrección de acciones específicas. Dworkin acusa a los filósofos metafísicos de especular sobre ontologías normativas que no tienen ninguna repercusión en el campo de la argumentación moral sustantiva y de la acción. Por "austeridad", Dworkin entiende la posición de los filósofos metafísicos quienes se abstienen de apoyarse en argumentos morales o hipotéticos que, para Dworkin, podrían eventualmente iluminar el carácter de la naturaleza normativa.

Dos argumentos centrales contra la postura de Dworkin constituyen el tejido crítico del presente estudio. En primer lugar, se argumenta que el análisis conceptual o la metafísica descriptiva no es necesariamente neutral o austera y que consecuentemente la metafísica como análisis conceptual es una empresa de carácter sustantivo. Una segunda crítica se erige en torno a la idea de que el rechazo de la posibilidad de "factualismo" no implica un rechazo del pensamiento metafísico. Finalmente, argumento que la metafísica descriptiva o el análisis conceptual se enfrenta con una dificultad central: el análisis conceptual pretende explicar las estructuras básicas de pensamiento y conceptos a nivel pre-teórico, pero se encuentra con la dificultad de probar que tales estructuras no son el producto de la creación

[3] Dworkin, Ronald, "Objectivity and Truth: You"d Better Believe it", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, núm. 2, 1996, pp. 87-139.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

del filósofo que las explora. Por lo tanto, si la metafísica descriptiva no es pre-reflexiva, pero más bien reflexiva, entonces hay pleno ámbito para una crítica revisionista. El artículo finaliza defendiendo la idea que una metafísica revisionista nos permitiría disolver la distinción entre lo interno y lo externo, por un lado, y entre lo evaluativo y descriptivo, por el otro.

II. El debate metodológico de la teoría jurídica

El debate metodológico en la teoría jurídica es un híbrido de filosofía práctica y de reflexiones en el ámbito de la metodología de las ciencias sociales. Muchos teóricos jurídicos se han centrado en el problema de la doble naturaleza del derecho (Finnis,[4] Raz,[5] Simmonds[6]), de conformidad con la cual el derecho es concebido como un fenómeno social, pero a la vez como guía para la acción, esto es, el derecho da al agente (al ciudadano) razones para la acción. De acuerdo con esta perspectiva, parece natural y recomendable reflexionar sobre lo interno en oposición a la externo, los aspectos evaluativos y descriptivos de la teoría jurídica, y finalmente sobre la demarcación entre la investigación teórica del derecho y las consideraciones de naturaleza práctica que hacen posible la creación del derecho. Otros filósofos jurídicos prefieren centrarse en un método filosófico y elaboran interpretaciones de teorías jurídica contemporáneas a la luz de debates filosóficos. Por ejemplo, Nicos Stavropoulos[7] ofrece una interpretación de la metodología Hartiana en términos de análisis conceptual, Brian Leiter[8] brinda una interpretación del movimiento Realista Estadounidense en términos de una epistemología naturalizada y Michael Moore[9] propone una metodología del derecho resultado de un amalgamiento de realismo moral y funcionalismo naturalista aristotélico.

[4] Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights,* Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 3-19.

[5] Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms,* Oxford, Clarendon Press, 1999; *The Authority of Law,* Oxford, Clarendon Press, 1979 y *Ethics in the Public Domain,* Oxford, Clarendon Press, 1994.

[6] Simmonds, Nigel E., "Protestant Jurisprudence and Modern Doctrinal Scholarship", *The Cambridge Law Journal,* vol. 60, num. 2, 2001, pp. 271-300.

[7] Stavropoulos, Nicos, "Hart´s Semantics", Coleman, Jules (Ed.) *Hart´s Postcript,* Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 59-98.

[8] Leiter, Brian, *Naturalising Jurisprudence,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

[9] Moore, Michael, "Law as a Functional Kind", George, Robert P., *Natural Law Theory: Contemporary Essays,* (ed.) Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 188-243.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Comenzaremos nuestro argumento con un análisis de la perspectiva de Stephen Perry,[10] la cual se puede resumir en cuatro argumentos centrales. En primer lugar, Perry explica que hay características del método explanatorio-científico en Hart. Es decir, Hart pretende dar una explicación general y universal del concepto de derecho. Segundo, Perry argumenta que la metodología predominante en Hart, y de manera similar Stavropoulos también apoya esta interpretación, es el análisis conceptual. La intención de Hart es analizar desde el punto de vista externo el concepto del derecho. Sin embargo, Hart también sostiene que el derecho otorga razones para la acción al agente o ciudadano, por lo tanto, de conformidad con Hart, es necesario explicar la función normativa o de guía que el derecho posee. Perry argumenta que en virtud de la normatividad atribuida al derecho, el análisis conceptual à la Hart no puede ser ejecutado desde el punto de vista externo, sino que más bien tiene que poseer un compromiso con lo interno o evaluativo. El tercer paso en el estudio de Perry, es establecer importantes semejanzas entre el análisis conceptual interno y la metodología de Ronald Dworkin en *Law"s Empire.*[11] Finalmente, Perry concluye con la idea de que si el fin es comprender a cabalidad el carácter normativo del derecho, entonces la metodología interpretativa de Dworkin es más satisfactoria que la metodología Hartiana del análisis conceptual interno o evaluativo.

El primer argumento esgrimido por Perry no es controversial y por lo tanto me concentraré en el segundo y tercer argumento. Pareciera que la connotación de análisis conceptual de Perry es demasiado estrecha . Si comprendemos el análisis conceptual bajo una rúbrica más amplia, tal como, por ejemplo, la desarrolla Frank Jackson, entonces vemos que el panorama de lo que es "análisis conceptual" es más complejo y rico que lo propuesto por Perry. De conformidad con Perry, Hart invoca el poder explicativo de las teorías para elucidar conceptos.[12] Sin embargo, Perry nos recuerda, tal poder explicativo no ha de entenderse en el sentido ordinario científico, sino más bien en un poder de elucidación de nuestros conceptos para clarificar nuestras prácticas sociales. Perry cita a Hart: "Atribuimos a esta unión de elementos (reglas primarias y secundarias) un lugar fundamental porque poseen un poder explicativo en la elucidación de conceptos que constituye el marco del pensamiento jurídico".[13] Subsecuentemente,

[10] Perry, Stephen, "Hart"s Methodological Positivism", en Coleman (Ed.) *Hart´s Postscript, op. cit.* n. 6, pp. 311-354.

[11] Dworkin, Ronald, *Law"s Empire* , *op. cit.*, n.1

[12] Perry, Stephen, "Hart"s Methodological Positivism", *op. cit.* n 9, p. 321

[13] Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 81.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Perry explica la noción de análisis conceptual y asevera que es una investigación en la manera en la que conceptualizamos nuestras práctica sociales para clarificar conceptos y para lograr una mejor comprensión de las prácticas mismas. Perry asevera que la noción de "necesidad" presente en el análisis es meramente conceptual y no científica.[14] Asumo que lo que trata de decir es que es conceptual y no empírica. De esta manera, Perry defiende la idea de que Hart está comprometido con el análisis conceptual y que esto explica el hecho de que Hart comienza con el análisis de las características más salientes del orden legal positivo moderno el cual es el concepto central o paradigmático para el estudio y la comprensión del derecho. Para Hart, una vez que comprendamos nuestro concepto central de derecho, estaremos entonces equipados para determinar si las características de nuestras prácticas sociales son instancias del derecho. Perry apunta lo siguiente:

> La crítica de Hart a la teoría del derecho de Austin como un orden bajo coerción es, en esencia, que no posee los recursos internos para elucidar tales conceptos. Sin embargo, los conceptos de autoridad, Estado, legislación, etc. son nuestros conceptos, donde el pronombre "nosotros" ha de comprenderse como refiriéndose a la participación en- o por lo menos sujetos sometidos a - el orden jurídico positivo. Estas son, en otras palabras, las nociones que usamos para conceptualizar algunas de nuestras propias prácticas. Esto conduce a apoyar la sugerencia de que, cuando hablamos de análisis conceptual , Hart tiene en mente la clarificación de un marco conceptual que aplicamos a ciertos aspectos de nuestra conducta social. Esto no es, sin embargo, el objetivo estándar de la teoría descriptivo-explanatoria. Una teoría radicalmente externa que trascienda o ignore la conceptualización que los participantes tienen de su propia práctica tiene mayor poder explicativo en el sentido científico usual. El grado de clarificación conceptual aparece, de hecho, la única base por medio de la cual Hart juzga el éxito de las teorías del derecho.[15]

Este párrafo de Perry colapsa tres elementos diversos y distintos: el punto de vista interno, una metodología interna y análisis conceptual. Una interpretación plausible de este parágrafo envuelve la idea de que necesitamos del punto de vista interno para comprender nuestro concepto del derecho y por lo tanto estamos comprometido con la práctica de análisis conceptual. Consecuentemente, el único análisis conceptual posible para Perry es el análisis conceptual interno o evaluativo. Para criticar a Perry, necesitamos pues, analizar la noción de análisis conceptual y determinar si

[14] Perry, Stephen, "Hart"s Methodological Positivism", *op. cit.* n 9, p. 314.

[15] Perry, Stephen, "Hart"s Methodological Positivism", *op. cit.* n 9, p. 314. La traducción de todos los textos es obra de la presente autora.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

la propuesta de Perry con respecto a la noción de análisis conceptual es correcta.

El fin del análisis conceptual es el definir o describir conceptos en términos de otros conceptos, o quizás decir ciertas cosas en un vocabulario en términos de un vocabulario más fundamental, por ejemplo, usando un vocabulario fisiológico para describir estados mentales, o un vocabulario neutral desde el punto de vista axiológico para describir la dimensión moral. El análisis conceptual recupera o más bien, podría decirse, hace explícita nuestras intuiciones, o los que nos es familiar, y las organiza. Por ejemplo, al analizar el concepto de "obligación" se nos revela que tal concepto presupone la noción de algo que es vinculante, que se aplica solo a seres humanos o personas, que involucra la voluntad o la intención del agente. De esta manera hacemos explícita nuestras intuiciones sobre el concepto "obligación". En otras palabras, hacemos explícito algo que ya sabíamos. El análisis conceptual usa expresiones verbales, tales como frases y palabras, porque esta es la única manera de acceder a nuestros conceptos y proposiciones; sin embargo, ha de enfatizarse que el sujeto de análisis no es la expresión verbal misma.[16] Más aún, mientras el análisis conceptual busca acceder a nuestras intuiciones y concepciones ordinarias, la materia del análisis no es nuestra intuición. Peor, el uso de las palabras puede generar malentendidos, puesto que el uso ordinario del lenguaje puede estar en conflicto con el uso técnico.

El análisis conceptual refina el uso de nuestras palabras. Otro aspecto importante del análisis conceptual es que el mismo es "*a priori*" puesto que intenta entender conceptos primeramente que las experiencias correspondientes a dichos conceptos. Por ejemplo, a fin de analizar el concepto de "negligencia", necesitamos recuperar nuestras intuiciones y nociones familiares con las que asociamos tal concepto. Así podemos decir que "negligencia" está asociada con la noción de "deber", "razonabilidad" e "intencionalidad". Podemos posteriormente refinar la idea de "razonabilidad" y encontrarla más bien críptica, y decimos que es mejor vincular la noción de negligencia con la idea de "estándar objetivo del deber". Si deseamos analizar el concepto de "derecho", debemos recuperar nuestro conocimiento inicial al respecto. Sabemos que está conectado a nociones tales como "moralidad", "conducta gobernada por reglas" y "obligación" y continuando la

[16] G. E. Moore en su réplica a Langford clarifica el propósito del análisis conceptual no es la expresión linguística. Moore, G.E., "Reply", *The Philosophy of GE Moore*, Evanston, Northwestern University Press, 1942, p. 661.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

línea de esta investigación podemos analizar sus usos contextuales tales domo "derecho internacional" o "derecho primitivo".

Podría esgrimirse el argumento que el análisis conceptual tradicional tiene como producto verdades analíticas tales como "todos los cuerpos son extensos". Kant define una verdad analítica como un juicio en el que el predicado es parte del sujeto.[17] Sin embargo, las verdades analíticas no dicen nada con respecto al mundo, simplemente describen las relaciones entre los términos de una proposición. En oposición a tales juicios, tenemos los juicios de experiencia, los cuales son todos sintéticos. Kant señala que la proposición "todos los cuerpos son extensos" es "*a priori*" y no es empírica. No obstante, el juicio "todos los cuerpos tienen peso" es diferente de cualquier cosa que podamos pensar en relación al concepto de cuerpo en general. Los críticos de la idea de análisis conceptual argumentan que esta se apoya en la verdad de la dicotomía analítico-sintética y objeta la crudeza de tal distinción.

Las objeciones esgrimidas en contra del análisis conceptual fueron inicialmente planteadas por Quine,[18] Kripke[19] y Hilary Putnam[20] en los años sesenta y setenta. Jackson,[21] un reciente defensor del análisis conceptual, incorpora las críticas de Quine, Putnam y Kripke con respecto a la imposibilidad de una división cruda entre las verdades analíticas y las verdades sintéticas en su propuesta de un renacer del análisis conceptual. La defensa de Jackson se fundamenta en dos argumentos centrales: a) el argumento de que necesitamos el análisis conceptual para localizar el sujeto de la reflexión teórica y b) la idea de que hay tan solo un tipo de realidad necesaria, no obstante, afirma Jackson, hay dos manera de conocer esta realidad necesaria, bien sea "*a priori*" o "*a posteriori*". En otras palabras, Jackson rechaza la idea de que la distinción "*a priori*/*a posteriori*" produzca más de un tipo de necesidad: una realidad necesaria " *a priori*" y una realidad necesaria "*a posteriori*". Vamos a escrudiñar los argumentos de Jackson.

El primer argumento es el pilar de la justificación de análisis conceptual. Jackson apunta que la metafísica es sobre lo que es el mundo o la realidad, y que las preguntas de carácter metafísico se formulan dentro de un marco

[17] Kant, Immanuel, *The Critique of Pure Reason,* London, Macmillan, 1992, B11, pp. 48-49.

[18] Quine, W. V., "Two Dogmas of Empiricism", *The Philosophical Review*, vol. 60, n. 1, pp. 20-43

[19] Kripke, Samuel, *Naming and Necessity,* Oxford, Basil Blackwell, 1972.

[20] Putnam, Hilary, *Mind. Language and Reality,* Cambridge, Cambridge University Press, 1975.

[21] Jackson, Frank, *From Metaphysics to Ethics,* Oxford, Clarendon Press, 1998.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

lingüístico.[22] Así, un teórico metafísico sería incapaz de envolverse en una investigación metafísica seria si se limita a preguntas tales como ¿Son tales entidades K? o ¿Son las entidades K nada más que entidades J?. La pregunta qué es lo que hace a una entidad K o J, es una pregunta que tiene prioridad sobre otras preguntas que hipotéticamente le seguirían. El teórico metafísico primeramente necesita localizar o identificar el sujeto de análisis. De conformidad con Jackson, nuestro punto de partida es la concepción común que poseemos sobre J o K, y la misma puede esclarecerse si apelamos a nuestras intuiciones sobre casos posibles. Supongamos que necesito extraer la concepción común de una "acción libre", para proceder a ello debo recurrir a mis intuiciones sobre casos posibles sobre acción libre. Por lo tanto, estoy en capacidad de describir una acción como libre porque estoy siendo guiada por mis intuiciones sobre los diferentes casos posibles de acción libre.

Mis intuiciones sobre casos posibles revelan mi teoría sobre la acción libre y tus intuiciones revelan tu teoría. En la medida en que nuestras intuiciones coincidan, entonces podemos decir que compartimos la misma teoría. En la medida en que nuestras intuiciones coincidan con la teoría ordinaria y común (*folk*), entonces ellas revelan la teoría ordinaria y común. Jackson, sin embargo, establece la siguiente aclaratoria con respecto a la noción de "concepto". El propósito del análisis conceptual es alcanzar claridad sobre los casos que son abarcados por las palabras y no por un análisis de la palabras per se. Jackson, al igual que Moore, Hart, Austin y otros, establece la diferencia entre análisis conceptual y el análisis lingüístico. La tarea que Jackson emprende es elucidar conceptos en base a cómo los sujetos de estudio o investigación son clasificados en todas sus posibilidades, y se enfatiza así el carácter meramente hipotético-deductivo del ejercicio de análisis. Puede este ejercicio también entenderse como la búsqueda de una hipótesis que de sentido a las respuestas con respecto a casos posibles, tomando en cuenta las diferentes evidencias.

El segundo argumento apuntalado por Jackson es la idea de que hay solo un tipo de necesidad y de que lo "necesario *a posteriori*" no requiere del reconocimiento de un tipo diferente de necesidad. Por el contrario, los críticos de la existencia de lo "*a priori*" argumentan que bien podemos aseverar que agua=agua o que H_2O=H_2O son proposiciones analíticas o conceptualmente necesarias, mientras que la proposición agua=H_2O es metafísicamente necesaria. Esto quiere decir que hay dos tipos de necesidad. Si

[22] *Ibid.*, p. 30.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

esto es verdad, entonces la necesidad de agua como equivalente a H_2O no está disponible a través de un conocimiento de "lo *a priori*", porque lo que es conceptualmente posible o imposible está sólo a la disposición de la razón y lo que es metafísicamente posible o imposible no es accesible a través del mero ejercicio de la razón. Por lo tanto, el conocimiento de que agua= H_2O sólo puede lograrse "*a posteriori*".

Jackson rechaza esta argumentación y propone la idea de que la necesidad del enunciado agua= H_2O no es diferente a la necesidad del enunciado "agua=agua". La defensa de esta idea se fundamenta en dos argumentos. Primeramente, Jackson avoca una visión Ocamista y argumenta que no debemos multiplicar las connotaciones o los significados de "necesidad". Así, lo necesario "*a posteriori*" puede ser explicado en términos de una noción unitaria del conjunto de mundos posibles. En segundo lugar, Jackson defiende la idea de que el experimento conceptual sobre la posibilidad de una "tierra gemela" y de estados que describen un mundo contrafáctico, deben centrarse en el mundo actual. De esta manera, el mundo actual juega un rol importante en la determinación correcta para describir los mundos contrafácticos. Vamos a examinar ambos argumentos.

Hay dos maneras distintas de evaluar las expresiones lingüísticas con respecto a los mundos posibles. Esto, a su tiempo, da como resultado diferentes intensiones (y diferentes extensiones en los mundos no-actuales). La primera via es la manera original adoptada por la semántica de los mundos posibles. Así, dado el uso actual de una expresión- digamos el uso de la palabra "agua" en la presencia global de agua actual, i.e. H_2O - su intensión es la función asignada a una extensión de la expresión en todos los mundos posibles considerados contrafácticamente. La extensión del término en un mundo posible considerado contrafácticamente es lo que Jackson llama la "extensión C" del término en ese mundo. Y la intensión correlativa es la "intensión C". Ahora bien, como el término "agua" es un designador rígido, su C-intensión es una función constante a lo largo de todos los mundos contrafácticos que poseen agua.

La segunda manera de evaluar las expresiones lingüísticas relativas a los mundos posibles es considerar los mundos posibles como contextos actuales del uso de las expresiones a analizar. La idea básica es que no consideramos "agua" como se usa en el mundo actual y luego se analiza la aplicación del concepto en los mundos contrafácticos, dado su uso actual. Lo que se hace, más bien, es considerar las cosas o estados del mundo a las que la palabra "agua" se refiere (cuando dicha palabra se usa en los mundos posibles) como contextos actuales de uso. Esto genera extensiones (no actuales) y así diferentes intensiones. Se presume así que en cualquier mundo en que

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

el término "agua" es usado en la presencia global de una substancia, cualquiera que esta sea. Dado un mundo relevante x y la substancia relevante en ese mundo, la substancia en cuestión es lo que Jackson llama A-extensión de "agua" en x. Y la "A-intensión" es la función de los mundos posibles, considerados en su contexto actual de uso de la palabra "agua", a las extensiones de A. Por lo tanto, en un mundo posible considerado como actual, "agua" se refiere a cualquier substancia en esos mundos en los cuales hay una similitud superficial a "agua" en nuestros mundo actual.

¿Cuál es la relación de todo esto con el análisis conceptual? Supongamos que identificamos conceptos con intensiones. El análisis conceptual, en su sentido original, busca poner al descubierto la naturaleza de los conceptos, comprendido como una intensión C, a través del descubrimiento de relaciones de implicación entre los diferentes conceptos. Sin embargo, Quine y Putnam nos han enseñado que tal empresa es inútil en tanto que se apoya en la distinción analítico-sintética. Así, intensiones C dependen en cómo es el mundo actual y ninguna acumulación de análisis puede guiarnos o revelarnos la naturaleza del mundo actual. Este proyecto lo llama Jackson "análisis conceptual ambicioso". El análisis conceptual de carácter no-ambicioso comienza por identificar los conceptos con las intensiones A. Tales conceptos y las implicaciones entre los diferentes conceptos relacionados no dependen de la naturaleza del mundo. Dependen más bien de los roles que las cosas y los estados del mundo juegan en las interacciones de los agentes con el medio ambiente, las teorías ordinarias y comunes (*folk theories*) que los agentes creen y poseen. Jackson considera que este análisis conceptual no-ambicioso es inmune a las críticas que se han formulado en contra del análisis conceptual tradicional, a la vez, también considera que es indispensable para el ejercicio de una metafísica seria y responsable.

Jackson señala que cuando un término de la extensión A y un término de la extensión C difieren, entonces hay una diferencia en el estatus epistémico del término de la extensión A y de la extensión C. De conformidad con Jackson, falibilidad o falsificación puede reconciliarse con la idea de "*a priori*". El análisis de posibilidades no puede jugar un rol determinante en la naturaleza del mundo. Por el contrario, el análisis conceptual es simplemente la tarea de describir un estado de cosas en términos más fundamentales. Así el análisis conceptual se concibe como una tarea " *a priori*" , sin querer decir que no es una tarea informativa. El objetivo del análisis conceptual es comprender y explicar eventos y estados del mundo a través de una formulación más básica. De esta manera no podemos confiarnos solamente en nuestras intuiciones.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Hart argumenta que el análisis del uso de las palabras es insuficiente para comprender o explicar la naturaleza de los conceptos jurídicos. Hart señala que hay tres preguntas recurrentes en la filosofía jurídica: ¿cómo el derecho difiere, y cómo se relaciona, con órdenes coercitivas? ¿cómo el concepto de obligación jurídica es diferente , y como se relaciona con, las obligaciones morales? ¿qué es una regla y en qué sentido puede decirse que el derecho es una cuestión de reglas? Hart argumenta que la manera de despejar las dudas y perplejidades con respecto a estas preguntas es recurrir a las definiciones en base a un análisis semántico el cual provee un análisis del uso diario del término. Sin embargo, Hart es cauteloso y señala que aún expertos abogados encuentran difícil dar una definición de estos conceptos. Por ejemplo, ellos sienten que existen distinciones importantes entre la moral y el derecho, pero no pueden explicar estas distinciones claramente.[23]

Hart rechaza la idea de que el propósito del análisis conceptual es proveer de una regla a partir de la cual la corrección del uso de un término pueda ser evaluado o examinado. Su interés yace en el derecho mismo, en la coerción y la moral como tipos de fenómenos legales[24] y el propósito de la teoría jurídica es otorgar un mejor análisis del orden jurídico. Para Hart el análisis conceptual no provee la total comprensión del fenómeno. Varios ejemplos Hartianos ilustran este punto: Hart distingue entre reglas primarias y reglas secundarias, y la unión de ambas constituyen la "esencia" del derecho, sin embargo esta "esencia" no necesariamente se encuentra en el uso del concepto "derecho", aún cuando esta concepto sea usado correctamente. Bajo la misma línea de argumentación, Hart señala que la unión de tales reglas tiene una gran fuerza explicativa y que el uso de las palabras "justicia" y "moral" puede ser engañoso. Tales palabras son usadas, muy frecuentemente, como co-extensivas. Sin embargo, a su manera de ver, el concepto de justicia debe poseer un rol más relevante que el concepto de "moral". Más aún, Hart señala que el uso del término "derecho internacional" tiende a obstruir ciertos fines prácticos o teóricos.[25] Hart también apunta que el uso del concepto "soberano" es asociado con la idea de una persona que está por encima del derecho , y así constituye una guía engañosa para elucidar la naturaleza del concepto "derecho internacional". De esta manera, Hart corrige el uso ordinario de la palabra "soberano" y argumenta que debe referirse a la noción de "independencia" , así un estado soberano no está sujeto a cierto tipo de control, poseyendo así autonomía o independencia.

[23] Hart, *The Concept of Law* , *op. cit.*, n12, p. 13.
[24] *Ibid.*, p. 17.
[25] *Ibid.*, p. 209.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Hart utiliza el análisis conceptual para elucidar nuestras intuiciones a través de casos posibles, en lugar de a través del uso de las palabras. En su famoso argumento sobre la naturaleza del concepto de autoridad legítima, analiza el caso de la obediencia de los participantes de la comunidad en virtud del mero hábito; utilizando la metodología de los casos posibles demuestra que el mero hábito de obediencia no es ni suficiente ni necesario para la determinación de autoridad legítima. El análisis Hartiano parece acertado pues coincide con nuestras intuiciones sobre el concepto de "autoridad jurídica y legítima".

Perry intenta mostrar que el análisis conceptual es meramente un análisis "local" o "interno". Perry señala que analizamos la naturaleza del derecho en base a nuestro concepto de derecho. Sin embargo, nuestro escrutinio sobre el carácter del análisis conceptual nos ha mostrado que el propósito de tal análisis es una tarea mas amplia y compleja que implica análisis metafísico y el estudio de las estructuras de pensamiento.

De la misma manera el estudio del concepto del derecho el cual implica el punto de vista normativo puede ser reconciliado con el análisis conceptual Hartiano. Así, Hart ha argumentado que la función del derecho es guiar la conducta de sus ciudadanos, sin embargo, esta función solo puede cumplirse si el derecho da directivas que constituyan razones para la acción. La metodología del análisis conceptual permite al teórico jurídico explorar a través de casos posibles e intuiciones la naturaleza del derecho. Así, es desde el punto de vista de la estructura conceptual que el carácter normativo del derecho es explorado a fin de localizar el sujeto de análisis. Sin embargo, el análisis conceptual aspira a generalizar sus hallazgos a nivel de la estructura del pensamiento jurídico.

Perry podría objetar que al fin y al cabo este análisis es evaluativo, porque su punto de partida es el punto de vista interno. Ciertamente es interno, pero es interno desde la estructura conceptual del teórico jurídico. Este aspecto interno no lo hace evaluativo. Supongamos que intento analizar el concepto de autoridad jurídica y apelo a las diferentes intuiciones, finalmente llego a ciertas conclusiones. Este análisis es una descripción de la estructura de pensamiento. Así, una crítica más fructífera a la metodología Hartiana ha de concentrarse en esgrimir argumentos que socaven la presuposición metafísica de que hay una sola estructura de pensamiento jurídico.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

III. Hart y Dworkin: Dos Visiones de la Metodología Jurídica

En esta sección criticamos las perspectivas metafísicas predominantes en la teoría jurídica. Primeramente, la visión de abstinencia defendida por Ronald Dworkin. El ataque Dworkiano a la metafísica puede formularse de la siguiente manera: la metafísica en la moral y en el derecho implica una metodología Arquimideana, esto se traduce en una metodología que aspira a la neutralidad y a la austeridad. Así, neutralidad implica que el teórico busca fundamentar con su perspectiva filosófica sin comprometerse con las controversias morales substantivas. Austeridad implica la noción de que el teórico jurídico no se apoye en juicios morales teóricos positivos o contrafácticos. Consecuentemente, puede decirse, que hay versiones escépticas y no escépticas de Arquimideanismo. El Arquimedeanismo escéptico, nos dice Dworkin, está de acuerdo con la visión mayoritaria de que el genocidio y la esclavitud, por ejemplo, son conductas morales equivocadas, pero niega que estas prácticas sean "realmente" equivocadas o que la maldad de tales conductas resida "ahí en el mundo". La perspectiva no-escéptica Arquimedeana considera que el genocidio es moralmente equivocado, pero intenta fundamentar la moral en la existencia de hechos morales, los cuales son independientes de lo que pensemos al respecto.

Dworkin intenta demostrar que la dimensión axiológica o evaluativa de los juicios morales no puede ser expresada con proposiciones externas (e-proposiciones), y asevera que las mismas solo pueden ser expresadas con proposiciones internas (i-proposiciones). Más aún, Dworkin reta la austeridad y neutralidad de la metafísica en base al argumento que las e-proposiciones tergiversan la dimensión evaluativa de los juicios morales, la cual implica que nuestras creencias morales son verdaderas y que describen el sujeto de manera objetiva. Así, solo tenemos que hablar de objetividad y verdad en términos de i-proposiciones y no necesitamos las e-proposiciones.

El reto Dworkiano a la neutralidad comprende dos argumentos. Primeramente la idea de que hay una interpretación plausible o traducción de todas las proposiciones externas en proposiciones internas. Consecuentemente, las proposiciones externas son realmente juicios morales positivos. De conformidad con Dworkin, el propósito de las proposiciones externas es clarificar, enfatizar o re-elaborar proposiciones internas , en términos tales como "objetividad" los cuales buscan diferenciar opiniones calificadas de cuestiones puramente subjetivas. En segundo lugar, Dworkin sostiene que

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

todas las interpretaciones o traducciones de proposiciones externas son, o bien, i-proposiciones, o bien no poseen ningún contenido filosófico distintivo. Por ejemplo, rechaza el realismo moral natural el cual asevera que hay propiedades morales constituidas por propiedades físicas. Dworkin afirma que tal postura es simplemente un descubrimiento científico.

Una crítica a Dworkin implica una explicación de la noción "verdad sustantiva". Verdades sustantivas usualmente se oponen a verdades conceptuales, y la visión contemporánea sostiene que las verdades sustantivas son descubiertas *a posteriori* mientras que las verdades conceptuales son descubiertas *a priori*. Sin embargo, Jackson ha argumentado que hay un solo tipo de necesidad, y que es equivocado pensar en "lo necesario "*a posteriori*" y lo "necesario *a priori*" como dos caracterizaciones de la realidad. Esta crítica es aplicable al reto que Dworkin le plantea al realista moral (natural). El hecho de que las verdades sustantivas son descubribles *a posteriori* no significa de que no hay una necesidad y una realidad que puede ser explorada a través de la metafísica. Dworkin igualmente ataca el naturalismo moral sobre la base de que éste no puede explicar cómo las propiedades morales naturales actúan sobre nosotros y justifican nuestras convicciones morales. Es un sinsentido científico, nos dice Dworkin, pensar que hay un impacto directo entre las propiedades morales y los seres humanos.[26] La moral, nos dice Dworkin, siempre fracasa frente al test de la comprobación empírica, y por lo tanto, cuando abandonamos una convicción moral lo hacemos por otra convicción moral y no porque percibimos una comprobación empírica. Factualismo en la moral implica la idea de que hay en el mundo hechos morales y Dworkin intenta socavar tal posición. Sin embargo, podría argumentarse que hay otras posiciones metafísicas como la propuesta por Korsgaard,[27] donde hay un compromiso con una identidad práctica del agente y un concepto de persona, pero que sin embargo no aceptan el factualismo que intenta atacar Dworkin. ¿Cómo califican estas posturas metafísicas pero no factualista en la taxonomía Dworkiana?

Dworkin afirma que nuestras convicciones morales no pueden ser justificadas a través de una epistemología de jerarquías en virtud de la cual hay una base de creencias *a priori* que fundamentan todo el edificio moral. Consecuentemente, la epistemología jerárquica Arquimideana no puede justificar estas convicciones internas y verdades sustantivas. De conformidad con Dworkin, la epistemología jerárquica pretende ignorar las diferencias de

[26] Dworkin, "Objectivity and Truth", op. cit., n. 1, p. 105.

[27] Korsgaard, Christine, *Sources of Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

contenido que existen en los diferentes dominios de creencias, es decir, dominios científicos, morales, religiosos, etc. Sin embargo, se podría contra-argumentar que el análisis conceptual y el intento de hacer metafísica seria no están en conflicto con la crítica esgrimida por Dworkin con respecto a la metafísica descriptiva y el análisis conceptual de carácter ambicioso. Las diferencias fundamentales entre el presente análisis y la posición Dworkiana yacen en un problema de medidas y grado, y en la comprensión de lo que es el análisis conceptual. Como se ha demostrado, el análisis conceptual se apoya en convicciones e intuiciones para localizar la materia substantiva y para comprender la estructura del pensamiento jurídico y moral. Sin embargo, hemos de socavar la idea de que la estructura del pensamiento jurídico o moral representa la totalidad de la realidad de jurídica o moral. Así, Dworkin no está en mejor posición teórica que los analistas conceptuales para mostrar que el pensamiento jurídico o moral no es la totalidad jurídica o moral. El hecho de que Dworkin llame a las proposiciones internas i-proposiciones no reduce el carácter metafísico de tales proposiciones y de esta manera la crítica o rechazo Dworkiano a la epistemología de jerarquías o Arquimideana no se traduce en una crítica a o rechazo de la metafísica.

Hasta ahora hemos avanzado tres críticas a las posición Dworkiana. Primeramente, hemos criticado la idea de que hay verdades necesarias "*a priori*" que son distintas a verdades necesarias "*a posteriori*". Así, se argumenta que simplemente hay un solo tipo de necesidad y por lo tanto las llamadas "verdades sustantivas" no escapa del escrutinio metafísico. La segunda crítica apuntala que un rechazo al factualismo no implica un rechazo a la metafísica. Finalmente, se esgrime el argumento de que la metafísica descriptiva o el análisis conceptual no es ni austero, ni neutro, pues recurre a contrafácticos y convicciones morales para comprender la estructura del pensamiento jurídico y moral. El onus de la prueba está en Dworkin. En conclusión, Dworkin subestima la complejidad de los enunciados meta-éticos y metafísicos, y el hecho de que neutralidad y austeridad no son estándares necesarios de los enunciados metafísicos contemporáneos en la moral y el derecho.

A la luz de este análisis, ¿hemos de concluir, pues, que la posición de análisis conceptual de Hart es la más fructífera para comprender los fenómenos jurídicos y morales? Esta conclusión es equivocada. Así argumentamos que el análisis conceptual confronta un dilema, el cual podría formularse de la siguiente manera: si el análisis conceptual es pre-reflexivo, entonces no tenemos buenas razones para pensar que las categorías y conceptos básicos no están sujeto a cambios y revisiones. Más aún, no existe

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ninguna garantía de que nuestras convicciones e intuiciones a nivel pre-reflexivo no sean producto o creaciones del filósofo que las analiza. Por el otro lado, si afirmamos que el análisis conceptual no es ni pre-reflexivo, ni constituido por categorías básicas que son revisables y en la medida en que el análisis simplemente presente otra visión metafísica, entonces no hay razones para aseverar que una metafísica revisionista es subsidiaria a una metafísica de carácter descriptivo o conceptual, o que una metafísica seria presupone análisis conceptual. Consecuentemente, las categorías básicas de análisis son o bien corregibles a través de otras categorías o representan una visión metafísica que compite con otras perspectivas metafísicas.

Así, se requiere una inspección del rol que juega la metafísica y un análisis de la relación entre metafísica descriptiva y revisionaria a fin de evaluar si el dilema es correcto y si alguna solución puede eventualmente encontrarse.

IV. Metafísica Revisionaria y Descriptiva: Integración en la Filosofía del Derecho

Los positivistas lógicos entre los años 30 y 40 pensaban que la metafísica era un sinsentido. La misma fue atacada por Carnap, Ayer y otros miembros del llamado Círculo de Viena. Aristóteles se refiere a la metafísica como la disciplina que estudia el "ser" y Kant avizora una idea de metafísica como un intento de usar la razón pura a fin de llegar a una explicación sobre la realidad que trascendiera las presuposiciones de la comprensión humana. En esta sección voy a dar una explicación de metafísica y su relevancia para nuestra comprensión de la pregunta ¿qué es el derecho? y posibles respuestas a dicha pregunta. Podría decirse que con la publicación del libro de Strawson "Individuos", la metafísica ganó de nuevo un lugar privilegiado en la filosofía analítica. Strawson propone que hay una distinción entre la metafísica descriptiva y la metafísica revisionaria. Esta última intenta presentar la estructura de pensamiento en la mejor manera posible y ofrecer las "posibilidades" de tal estructura mientras que la metafísica descriptiva busca describir las categorías básicas de pensamiento. Argumento que una metodología adecuada ha de buscar un equilibrio reflexivo entre las dos empresas metafísicas y que a fin de progresar en la disputa entre Hart y Dworkin hemos de reflexionar sobre cuestiones de carácter metafísico. Así, defiendo la posibilidad de una metafísica revisionaria que nos muestre las posibilidades de nuestro concepto de derecho. Sin embar-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

go, propongo que estas posibilidades han de ser revisadas bajo la lupa de características "básicas" que nuestro concepto de derecho posee. De la misma manera, estas categorías básicas no han de entenderse como definitivas y así las mismas están sujetas a revisiones y modificaciones. El problema central de la metodología del derecho es si existen otros métodos filosóficos que expliquen el carácter dual del derecho: su aspecto normativo y social. Se argumenta que el concepto del derecho es parte de la naturaleza del derecho, es decir, es parte de lo que el derecho mismo es, y que una elucidación de nuestro concepto de derecho es una comprensión meramente parcial del derecho. En otras palabras, la estructura del pensamiento jurídico y nuestro concepto de derecho son parte de una realidad más vasta llamada derecho.

Esta sección se divide en dos partes: un escrutinio de las metafísicas descriptiva y revisionaria y un examen de la interrelación entre estos dos tipos de metafísica.

En el presente ensayo, los términos "análisis conceptual" y "metafísica descriptiva" poseen la misma connotación. Hemos pues de justificar tal terminología. Strawson explica las diferencias entre metafísica descriptiva y metafísica revisionaria de la siguiente manera:

> La idea de una metafísica descriptiva puede enfrentarse con cierto escepticismo. ¿Cómo hemos de diferenciar entre análisis filosófico, lógico y conceptual? No difiere en la intención, pero sólo en su cobertura y generalidad. A fin de desenmascarar las características más generales de nuestra estructura conceptual, sólo se puede considerar una investigación limitada y parcial de lo conceptual. Así se diferencia con respecto al método. Hasta cierto punto, hemos de basarnos en el escrutinio del uso actual de las palabras como la mejor manera de filosofar. Pero las discriminaciones que hagamos y las conexiones que establezcamos no son lo suficientemente general para dar cuenta de la totalidad metafísica que nuestra comprensión demanda. Así, cuando nos interrogamos cómo usar esta o aquella expresión, nuestras respuestas, sin embargo, asumen en lugar de explicar los elementos generales de la estructura que los filósofos metafísicos buscan develar. La estructura que se busca no se muestra en la superficie del lenguaje, pero yace sumergida en el mismo. El filósofo metafísico debe abandonar su única guía segura cuando esta guía no puede llevarlo a las lejanías a las que aspira.[28]

Hart estaba interesado en algo más que la pura descripción del uso de las palabras. Señala en su libro *El Concepto del Derecho* que le interesa la clarificación general del marco del pensamiento jurídico y en numerosas ocasiones afirma que el mero análisis de palabras no ilumina el fenómeno jurídico. Hart afirma, parafraseando a J.L. Austin, que su metodología está

[28] Strawson, Peter, *Individuals*: *An Essay in Descriptive Metaphysics*, London: Metheun, 1959, pp. 10-11.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

comprometida con "agudizar nuestra consciencia de las palabras a fin de agudizar nuestra percepción de los fenómenos". En su respuesta a Cohen, Hart afirma que su metodología busca la descripción de categorías y no la mera descripción de usos de las palabras. Más aún, Hart se refiere a la descripción del fenómeno lingüístico como medio para develar el fenómeno mismo y considera que características generales del derecho presentes irrespectivamente de lugares y tiempos. Hart asevera que el despejar las dudas y aclarar las posibles relaciones entre moral, sanciones, reglas y el derecho es el motivo central de toda teorización en torno al derecho. Nos dice que es posible aislar y caracterizar un conjunto central de elementos que constituyan un tejido común y una respuesta plausible a las tres preguntas formuladas.

Sin embargo, la metafísica descriptiva se enfrenta con un dilema ineludible y genuino: si el análisis conceptual es pre-reflexivo, no hay razón para pensar que nuestras categorías básicas y conceptos no están sujetos a cambios. Más aún no hay garantía de que nuestras convicciones e intuiciones a nivel pre-reflexivo no sean la invención del filósofo. Por otro lado, si el análisis conceptual no es ni reflexivo, ni está constituido por categorías básicas revisables y en la medida en que implique una visión alternativa metafísica más, entonces no hay razones para sostener que, o bien la metafísica revisionaria es subsidiaria de la metafísica descriptiva, o que cualquier metafísica seria ha de presuponer el análisis conceptual. Consecuentemente, las categorías básicas de análisis son revisables por otras categorías o representan una visión metafísica más que compite con otras perspectivas o visiones metafísicas.

El primer cuerno del dilema considera que hay categorías básicas o pre-reflexivas; sin embargo, estas categorías básicas no están sujetas a revisiones o cambios, entonces ¿cómo hemos de interpretar el hecho de que hay categorías básicas sujetas a cambios? Vamos a poner en escrutinio la idea de que la metafísica descriptiva busca revelar categorías básicas de pensamiento. Podría argumentarse que la metafísica descriptiva, en un cierto sentido, marca un regreso a Kant, el despertar no exactamente de sus doctrinas pero de su método. La metafísica descriptiva, así, asevera que no es posible establecer una prueba de una teoría directamente contra los hechos, sino que esto es posible sólo dentro de una estructura que da significado a los conceptos o categorías que están sometidos a prueba. De esta manera, la única estructura concebible bajo la cual opera es la que actualmente gobierna el pensamiento humano sobre el mundo. Se asume que no otra estructura categórica es posible si los seres humanos han de ser tales como los

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

conocemos y concebimos. Entonces, ¿en qué sentido son las categorías básicas pre-reflexivas? Las categorías básicas son previas a cualquier pensamiento y a cualquier teoría. La manera en que los seres humanos se piensan, o piensan sobre el mundo es algo tan natural e inevitable que jamás se nos ocurriría llamar a nuestra manera de pensar "teoría". Así, ninguna persona está en posición de modificar o alterar el hecho de que ella o el es una persona que existe en el mundo espacio-temporal, rodeado de objetos y personas. Podría argumentarse que no es el uso ordinario de nuestros conceptos y palabras el que establece los estándares filosóficos, pero más bien es el hecho de que estos conceptos pueden utilizarse exitosamente en la práctica, no es tarea del filósofo el determinar si el uso ordinario de los conceptos es correcto o incorrecto. Esto significa, parafraseando a Kant y Wittgenstein, que los límites del conocimiento están establecidos por las estructuras categóricas del pensamiento humano. Estas categorías establecen los límites sobre las posibilidades del pensamiento humano.[29] De esta manera, los compromisos tienen un carácter completamente general y ninguna teoría filosófica específica puede deducirse de ellos en aislamiento. Los mismos no especifican ningún marco particular en el que el pensamiento sobre la estructura del pensamiento humano ha de llevarse a cabo. Esta interpretación nos permite reconciliar las dos perspectivas, es decir, la perspectiva que asevera que hay categorías pre-reflexivas y que las mismas están sujetas a cambios.

Por otro lado, Strawson asevera que dentro de estas categorías de pensamiento hay espacio para la metafísica revisionaria, pero los méritos de ésta última han de juzgarse frente al tribunal de la metafísica descriptiva. Strawson señala que los posibles marcos teóricos de la metafísica revisionaria persisten y prueban su utilidad cuando se convierten en parte de la metafísica descriptiva. Este es el sentido atribuido a la frase "la metafísica revisionaria es subsidiaria de la metafísica descriptiva". Más aún, podría afirmarse que la metafísica revisionaria exitosa colapsa en una metafísica descriptiva. Sin embargo, no hay ninguna prueba que garantice que estamos revelando la estructura del mundo, pues no podemos acceder a hechos, no podemos establecer cuál de los marcos filosóficos que compiten es la estructura correcta de pensamiento. La única prueba es "la persistencia de la utilidad filosófica".

Ahora he de concentrarme en el segundo cuerno del dilema, es decir, que la metafísicas descriptivas y revisionarias están en competencia. ¿Cómo

[29] McDougall, Derek, "Descriptive and Revisionary Metaphysics", *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 34, num. 2, 1973, pp. 209-223.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

hemos de escoger entre ambas? No podemos recurrir ni a hechos, intuiciones o categorías básicas. En todo caso, si hay categorías básicas, hay categorías tales como tiempo, espacio y causalidad y pareciera difícil aseverar que la naturaleza del derecho puede deducirse de tales categorías. Argumento, por el contrario, que las metafísicas descriptivas y revisionarias deberían estar en equilibrio reflexivo. Por supuesto, cualquier crítica revisionaria ha de enfrentarse a la dificultad que el teórico no puede estar fuera de mundo y solo puede criticar y revisar dentro de su esquema conceptual. Por otro lado, el analista conceptual necesita explicar y proporcionar una historia completa sobre nuestro pensamiento, el mundo y sus relaciones y esta es precisamente la tarea de la metafísica revisionaria.

Las metodologías Dworkianas en el campo de la teoría jurídica se han centrado en la descripción de las estructuras del pensamiento jurídico, y aseveran que en vista de que no se puede explicar la relación entre pensamiento jurídico y moral y el mundo, hemos de rechazar ambos, la estructura del pensamiento jurídico y el mundo. Consecuentemente, sólo nos queda interpretar nuestras prácticas y ser guiados por nuestras convicciones morales. Para bien o para mal, no hay nada más que hacer.

Sin embargo, hay un punto interesante entrevisto por Dworkin en su crítica a Hart: la idea de que la estructura de nuestro pensamiento jurídico no es la única materia sustantiva para el teórico jurídico. El teórico jurídico puede comenzar con los usos ordinarios de las palabras y conceptos, pero necesita construir algo con este material básico. La estructura de nuestro pensamiento establece los límites de nuestro conocimiento jurídico, pero estos límites dejan abiertas muchas posibilidades y es la tarea de la metafísica revisionaria el explorar estas posibilidades. Se argumenta así, que debería haber un equilibrio reflexivo entre la metafísica descriptiva y la metafísica revisionaria. Debemos suspender nuestros juicios sobre el uso ordinario de nuestros conceptos y considerar la gama de posibilidades que pueden explicar la naturaleza del derecho, y al mismo tiempo, estas posibilidades han de considerarse a la luz de nuestras intuiciones sobre la naturaleza del derecho, las mismas han de pasar las pruebas de nuestras intuiciones revisadas.

En el contexto de la teoría jurídica, la propuesta es fiel a la idea que señala que "punto de vista interno" no es ni un hecho social ni una verdad conceptual que el teórico jurídico meramente descubre y describe. Más bien, el punto de vista interno es un conjunto de concepciones y perspectivas cambiantes sobre el valor o la función del derecho. El punto de vista interno tampoco es un punto de vista evaluativo que el interpretivismo

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

construye de conformidad con criterios como "exactitud" y "atracción moral". La metodología que he propuesto en estas páginas intenta entender y explicar la mejor estructura para el derecho, en lugar de simplemente sugerir una metodología que describa nuestro concepto del derecho. También afirmo que la mejor estructura del derecho es la verdadera.

V. Conclusión

Hemos criticado las dos concepciones metafísicas que han sido recientemente defendidas en la teoría jurídica contemporánea y argumento que el examen del rol de la metafísica revisionaria puede ayudar a los teóricos jurídicos a superar las dificultades y distinciones encontradas en los recientes debates metodológicos. Así hay mucho que revisar y re-pensar, y temas como los de la relación entre la moral y el derecho o sobre la indeterminación y objetividad del derecho o la comprensión de nociones como "autoridad" y "obligación" necesitan ser escrudiñados a la luz de una metodología diferente. No parece razonable argumentar que hay características comunes del derecho porque las mismas son reveladas por la estructura común de pensamiento, o que tan solo podemos recurrir a interpretaciones para entender la naturaleza del derecho. El fin de este artículo ha sido más bien de carácter modesto: mostrar que toda revisión y descripción no pueden realizarse sin entender las presuposiciones metafísicas.

VI. Bibliografía

1. *Bibliografía Básica*

Dickson, Julie, *Evaluación en la Teoría del Derecho*. México, UNAM, 2006.
Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1978.
_____, *Law"s Empire*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1981.
_____, Objectivity and Truth: You"d Better Believe it", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, núm. 2, 1996.
_____, *Justice in Robes*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2006.
Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, Clarendon Press, 1981.
Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, 1994. 8
Jackson, Frank, *From Metaphysics to Ethics,* Oxford, Clarendon Press, 1998.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

KRIPKE, Samuel, *Naming and Necessity*, Oxford, Basil Blackwell, 1972.
LEITER, Brian, *Naturalising Jurisprudence*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
MCDOUGALL, Derek A. "Descriptive and Revisionary Metaphysics". *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 34, num. 2, 1973.
MOORE, G.E., "Reply", *The Philosophy of GE Moore*, Evanston, Northwestern University Press, 1942.
MOORE, Michael, "A Natural Law Theory of Interpretation." *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985.
_____, "Moral Reality Revisited." *Michigan Law Review*, vol. 90, 1992. 11
PERRY, Stephen. "Hart"s Methodological Positivism", Jules Coleman (ed.) *Hart"s Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
POSTEMA, Gerald, "Public Practical Reasoning: An Archaeology", *Social Philosophy and Policy*, vol. 12, 1995.
_____, "Objectivity Fit for Law." *Objectivity in Law and Morals*, Brian Leiter (Ed.) Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
PUTNAM, Hilary, *Mind, Language and Reality*. Cambridge, Cambridge University Press,1975.
QUINE, W. V. "Two Dogmas of Empiricism". *The Philosophical Review*, vol. 60, n. 1.
RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*. Oxford, Clarendon Press, 1999.
RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica, "Hart´s Semantics as Non-Ambitious Conceptual Analysis." *Legal Theory*, vol. 9, 2003.
SIMMONDS, Nigel E., "Protestant Jurisprudence and Modern Doctrinal Scholarship", *The Cambridge Law Journal*, vol. 60, num. 2, 2001.
STAVROPOULOS, Nicos, "Hart´s Semantics", Coleman, Jules (Ed.) *Hart"s Postcript*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
STRAWSON, Peter, *Individuals*: *An Essay in Descriptive Metaphysics*, London: Metheun, 1959.
ROSATI, Connie, "Some Puzzles About the Objectivity in Law" *Law and Philosophy*, vol. 23, 2004.

2. *Bibliografía Recomendada*

BLACKBURN, Simon, *Ruling Passions*. Oxford, Clarendon Press, 1998.
BRINK, David O., *Moral Realism and the Foundations of Ethics*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ENOCH, David, *Taking Morality Seriously*. Oxford, Oxford University Press, 2011.

FRANKENA, William, "On Defining Moral Judgments, Principles and Codes." *Perspectives on Morality. Essays by William Frankena*. Notre Dame, Notre Dame University Press, 1976.

MOORE, Michael, "Law as a Functional Kind", George, Robert P., (ed.) *Natural Law Theory: Contemporary Essays,* (ed.) Oxford, Oxford University Press, 1992.

NAGEL, Thomas, *The View from Nowhere*. Oxford, Oxford University Press, 1989.

PATTERSON, Dennis, "Realist Semantics and Legal Theory." *Canadian Journal of Law and Jurisprudence,* vol. 2, 1989.

_____, "What was Realism: A Reply to David Brink?" *Canadian Journal of Law and Jurisprudence,* vol. 2, 1989.

PEACOCKE, Christopher, *Being Known*. Oxford, Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph, *The Authority of Law,* Oxford. Clarendon Press, 1979.

_____, *Ethics in the Public Domain.* Oxford, Clarendon Press, 1994.

RAWLS, John, *Theory of Justice*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1971.

RIPSTEIN, Arthur, "Questionable Objectivity." *Nous*, vol. 27, 1993.

RODRIGUEZ-BLANCO, Verónica, "Genuine Disagreements: A Realist Reinterpretation of Dworkin." *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, num. 4, 2008.

SIMMONDS, Nigel, *Law as a Moral Idea*. Oxford, Oxford University Press, 2007.

STURGEON, Nicholas, "Ethical Intuitionism and Ethical Naturalism." P. Stratton (Ed.) *Ethical Intuitionism. Re-Evaluation,* Oxford, Clarendon Press, 2002.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 12
ESTUDIOS JURÍDICOS DEL DERECHO

Andrés Molina Ochoa*

Sumario: I. *Introducción.* II. *Plataforma política.* III. *Por profesores estadounidenses.* IV. *Avanzar una agenda filosófica y política.* V. *Situación actual.* VI. *Bibliografía*

Los *Estudios Críticos del Derecho* (*CLS* por sus siglas en inglés) es un movimiento de pensamiento jurídico de izquierda que se originó a finales de la década de los setenta y comienzos de los ochenta en algunas facultades de derecho de los Estados Unidos. Más que una escuela dogmática en la que todos los participantes adhieren a un conjunto de tesis, *CLS* debe entenderse como una plataform[1] usada por profesores de derecho estadounidenses con el fin de avanzar su agenda filosófica y política, y transformar la estructura jerarquizada de las facultades de derecho de su país.

I. Introducción

Escribir un estudio introductorio sobre una escuela de pensamiento jurídico exige tomar decisiones muy difíciles. Es necesario, por ejemplo, elegir entre las muchas tesis defendidas y entre los autores más relevantes. Toda decisión tiene un costo, por exponer una gran variedad de posiciones entre una escuela, en ocasiones se sacrifica la claridad y la brevedad; en otras oportunidades, es la precisión a la que se renuncia.

* Profesor de filosofía en la Universidad Estatal de Nueva York en Old Westbury, Estados Unidos.

[1] Como se verá a continuación, los miembros de los *Estudios Críticos del Derecho* en ocasiones utilizan expresiones espaciales para definir a su movimiento. En español, fue quizás Pérez Lledó quien popularizó la frase "plataforma política'" para caracterizarlos, ver: Pérez Lledó, Juan Antonio, *El Movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 58 y 163. Ver también, Pérez Lledó, Juan Antonio, "Teorías Críticas Del Derecho," en Laporta, Francisco Javier y Garzón Valdés, Ernesto (eds.), *El Derecho y La Justicia.*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 95.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 435-458.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Estos problemas se acentúan en el caso de los *CLS*. Los Estudios Críticos del Derecho son una tendencia de pensamiento que difícilmente puede ser caracterizada mediante un conjunto de proposiciones. En los *CLS*, como advierte Albert Casamiglia, "diferentes autores piensan cosas diversas sobre los mismos temas".[2] En contraste con otras escuelas más tradicionales del pensamiento jurídico, en *CLS* no es posible encontrar al menos una tesis compartida por la mayoría de sus miembros.

Es difícil, también, dar cuenta de *CLS* por la gran cantidad de artículos divulgados no sólo en revistas académicas sino en publicaciones de difícil acceso[3] o simplemente sólo circuladas entre los miembros del grupo.[4] La sola lectura y catalogación de las obras del movimiento es una empresa que demandaría años de trabajo e investigación.

Para agravar las cosas, los *crits*—expresión con la que suele denominarse a los miembros del movimiento— usan con poco rigor académico multitud de escuelas filosóficas y jurídicas, muchas de ellas incluso contradictorias entre sí. Esta babel de citas, referencias e influencias es reconocida en ocasiones como un problema por los mismos *crits;*[5] en otras, incluso, es defendida como una virtud dentro del movimiento.[6] En todo caso, virtud o de-

[2] Calsamigilia Blancafort, Albert, "La retórica de Critical Legal Studies: impresiones de un lector español," *Doxa*, núm. 11, 1992, 297, p. 297

[3] Según Pérez Lledó, existen más de mil artículos escritos por miembros del CLS. Ver: Pérez Lledó, Juan Antonio, *El Movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, p. 19.

[4] Richard Michael Fischl, por ejemplo, señala la no publicada obra de Duncan Kennedy sobre la conciencia legal como el trabajo más fundamental en este campo. Ver: Fischl, Richard Michael, "The Question That Killed Critical Legal Studies," *Law & Social Inquiry*, vol. 17, núm. 4, 1992, p. 796.

[5] Hablando sobre el uso de la obra de Wittgenstein hecha por los miembros de *CLS*, Mark Tushnet, uno de los fundadores del movimiento, manifestó: "Por ejemplo, en ocasiones los miembros de los Estudios Críticos del Derecho se acercaron al pensamiento de Wittgenstein cuando hablaban de la indeterminación del derecho, pero los filósofos que sabían más de Wittgenstein que los abogados también sabían que lo máximo que podía sacarse de Wittgenstein para los propósitos de los argumentos de los Estudios Críticos del Derecho exigía que uno se justificara en interpretaciones de Wittgenstein que eran, como menos, extremadamente controvertibles entre los filósofos profesionales." Ver: Tushnet, Mark, "Survey Article: Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States," *Journal of Political Philosophy*, vol. 13, núm. 1, 2005, p. 102.

[6] Duncan Kennedy, otro de los padres de los *CLS*, hablando sobre los filósofos estructuralistas que han influenciado el pensamiento suyo, manifestó: "La idea es que no me preocupa lo que ellos piensen acerca de lo que yo hago con su material, y sé que ellos nunca leerán nada de lo que escribo. Sólo soy un profesor de derecho, ellos están en París, y espero que mueran pronto, y espero que ningún teórico brillante en que dependa mi materia prima llegue a existir hasta que yo me muera, así yo estaré afuera del horrible control de su in-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

fecto, una exposición de las diferentes escuelas filosóficas y políticas que han influenciado a los *CLS* implica recorrer desde el marxismo más ortodoxo hasta el post estructuralismo francés (véase, FOCAULT Y LA TEORÍA JURÍDICA), sin dejar de lado al REALISMO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE y al movimiento de DERECHO Y SOCIEDAD, una vasta colección de temas y teorías que difícilmente son entendidas con académica profundidad por cualquier estudioso de la materia.

Por lo demás, presentar la obra de *CLS* es también relatar parte del mundo de intrigas que en ocasiones domina a la academia estadounidense. *CLS* es también una plataforma política en la que profesores de izquierda se refugiaron ante la persecución de los estamentos más conservadores del establecimiento. Por esta razón, es imposible describir a los *Estudios Críticos del Derecho* sin hacer referencia a una cultura compleja y críptica, a la cual se tiene poco acceso salvo las en ocasiones parcializadas declaraciones de los interesados.

Finalmente, para hablar de *CLS* también se necesita un conocimiento de la historia de los Estados Unidos en las últimas décadas, no sólo de los acontecimientos que impulsaron la creación del movimiento y sus primeras publicaciones, sino de los cambios políticos que poco a poco significaron su declive y casi desaparición. La relación de *CLS* con las historia de su país es tan estrecha que carece de sentido presentar al movimiento con solo una exposición teórica de sus principales tesis.

En consecuencia, se buscará describir las principales características del *CLS*, esperando que las mareas producidas por la historia y estructura de las universidades en los Estados Unidos, de los movimientos sociales, del marxismo y de sus críticas, del realismo jurídico estadounidense, no sean tan grandes como para hacernos naufragar en el intento. En especial, se hará hincapié en tres elementos de los *CLS* que los distinguen de otras escuelas y que, de alguna forma, explican lo que podría entenderse como el núcleo teórico del movimiento: 1. La estructura de *CLS* como una plataforma política. 2. El elemento humano de *CLS*; es decir, una tendencia desarrollada, en gran parte, por profesores de derecho pertenecientes a la Academia estadounidense. 3. Con el fin de impulsar o avanzar una agenda política.

II. PLATAFORMA POLÍTICA

Desde sus inicios, los *crits* han entendido al movimiento como un espacio, un lugar, una estructura para avanzar sus ideas políticas y defenderse de

fluencia patriarcal y matriarcal." Kennedy, Duncan *et al.*, "Critical Legal Theory," en Tiefenburn, Susan (ed.), *Law and the Arts*. Westport, CT, Greenwood Press, 1999, p. 129.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sus contradictores.[7] La plataforma se encuentra localizada en la Academia estadounidense, especialmente en algunas facultades de derecho, sus fines son, en este sentido, político-académicos y no electorales.[8]

Dos hitos históricos son importantes para explicar el nacimiento de la plataforma política en la que se convertiría el *CLS*. El primero fue la conferencia celebrada en la Universidad de Madison-Wisconsin, en 1977.[9] A esta conferencia, asistieron varios grupos de académicos que compartían tanto el malestar por la forma como el derecho era enseñado en las facultades norteamericanas, como la aspiración por desarrollar nuevos métodos de investigación jurídica que incluyeran ideas de diferentes disciplinas. El segundo hito fueron las persecuciones que sufrieron varios profesores de Harvard que simpatizaban con posiciones de izquierda.

La conferencia de 1977 es, sin duda alguna, uno de los eventos más importantes en la creación del *CLS*. Antes de ella, los profesores David Tubek y Richard Abel habían organizado un programa sobre "Derecho y Modernización" en la Universidad de Yale,[10] financiado por la Agencia para el Desarrollo Internacional, al cual asistieron quienes se convertirían en algunos de los miembros más importantes del *CLS*. Entre ellos, Duncan Kennedy, Nancy Gertner, Helene Iestwaart y Mark Tushnet.[11]

[7] Mark Tushnet, por ejemplo, de forma enfática sostiene que los "estudios críticos del derecho son menos un movimiento intelectual sobre el derecho (aunque también lo sea) que una locación política." Ver: Tushnet, Mark, "Critical Legal Studies: A Political History," *The Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 5, 1991, p. 1515.

[8] En palabras de Tushnet, "Si los estudios críticos del derecho es la locación para gente que se identifica a sí misma con un proyecto político particular, la sicología de la autoidentificación requiere que ellos se vean a sí mismos como compartiendo ciertos compromisos intelectuales, para ser una locación política en la Academia, en lugar de ser, por ejemplo, una locación política en la política electoral." Ver Tushnet, Mark, "Critical Legal Studies" *op. cit.*, p.1518. En igual sentido, Duncan Kennedy define al movimiento como, "una intervención, a la vez política e intelectual en el 'campo académico' de las facultades de derecho, iniciada y renovada periódicamente por profesores, estudiantas y estudiantes." Ver: Kennedy, Duncan, "Nota Sobre La Historia de CLS En Los Estados Unidos", *Doxa*, núm. 11, 1992, p. 283.

[9] Para una descripción de la conferencia, ver especialmente: Tushnet, "Critical Legal Studies," *op. cit.*, pp. 1533–1536; Schlegel, John Henry, "Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies," *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 1-2, 1984, p. 391; Schlag, Pierre, "Critical Legal Studies" en Katz, Stanley N. (ed.) *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

[10] Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, pp. 56–57.

[11] Ver, Tushnet, "Critical Legal Studies," *op. cit.*, p. 1533.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Los participantes del programa no tardarían en darse cuenta de la necesidad de un enfoque nuevo para el estudio del derecho. Como afirma Mark Tushnet, "[e]n el curso de esas discusiones, configurada por la confrontación del realismo jurídico con la teoría social clásica, en un clima de confrontación política, los esquemas de lo que serían los *Estudios Críticos del Derecho* serían bosquejados".[12]

En una sección posterior, se analizarán las críticas que los por entonces jóvenes estudiantes de derecho hacían a las teorías sociales y jurídicas dominantes de la época. Por ahora, es importante resaltar que en el programa de "Derecho y Modernización" se empezaron a gestar no sólo unas ideas comunes, sino la necesidad de crear una estructura que aglutinara a todos aquellos que deseaban desarrollar un pensamiento jurídico alternativo a las tendencias en boga.[13] En este sentido, puede afirmarse que el movimiento de los *CLS* había ya nacido en las aspiraciones de quienes impulsaron la Conferencia de 1977, la cual sería, por tanto, sólo la confirmación de las inquietudes ya desarrolladas en el programa de "Derecho y Modernización."

Según los relatos de quienes participaron en la Conferencia de 1977,[14] al final del encuentro académico quedó claro que existía una fuerte oposición a los dos movimientos que solían albergar a los profesores disidentes de la época, la escuela de la *policy science* y el marxismo ortodoxo. En consecuencia, las necesidades que habían intuido los asistentes al programa de "Derecho y Modernización" se hicieron más palpables y se dio inicio a una serie de conferencias, encuentros y publicaciones que constituirían con el tiempo el corazón de los *Estudios Críticos del Derecho.*

Ahora bien, si la inconformidad con las herramientas teóricas que se usaban para el estudio del derecho había persuadido a los futuros *crits* de la necesidad de crear una nueva tendencia jurídica, su situación laboral los convenció de la urgencia de mantener y fortalecer la plataforma apenas creada. A mediados de la década del ochenta, los estamentos más conservadores de varias universidades intentaron marginalizar, e incluso expulsar, de la Academia a los miembros del *CLS.*

En 1985, por ejemplo, la asociación conservadora *Harvard Society for Law and Public Policy* organizó una conferencia que se llamaba *¿Deberían estar los*

[12] *Ibid.*

[13] En este sentido, Pérez Lledó afirma, "se intentaba localizar y ofrecer una plataforma a una serie de gente que estaba trabajando en las facultades de Derecho, o en contextos académicos cercanos (sociología jurídica, antropología jurídica, ciencia política), con una cierta predisposición política o cultural vagamente percibida como común." Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, p. 58.

[14] Ver *supra* n. 9

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Critical Legal Studies en las facultades de Derecho?,[15] con el fin de desprestigiar y atacar al reciente movimiento. Semanas después, se daría la que sería conocida como *la batalla de Harvard*, una confrontación entre aquellos académicos que intentaban defender los derechos de cuatro docentes (David Trubek, Daniel Tarullo, Clare Dalton y Zipporah Wiseman), a quienes se les negó ser profesores titulares (tenure) por su pertenencia o cercanía al *CLS,* y las directivas de la Universidad de Harvard.

Los miembros del *CLS* fueron también perseguidos en otras universidades y en círculos distintos a la Academia. Paul Carrington, quien entonces era el decano de la facultad de derecho de la Universidad de Duke, por ejemplo, manifestó refiriéndose a los *crits*: "En un esfuerzo honesto para proclamar la necesidad de una revolución, los profesores nihilistas tendrán más probabilidades de entrenar estafadores que radicales… [Por tanto] el nihilista tienen un deber ético de abandonar la facultad de derecho".[16] Por su parte, el prestigioso periódico Wall Street Journal publicó un artículo en el que criticaba a los *crits* por sus lujos, entre ellos a Duncan Kennedy por tener un Jaguar, en épocas en las que su carro era un Nissan Sentra.[17]

La historia de persecuciones que han sufrido los *crits* casi que desde su aparición en la famosa Conferencia en Madison, en 1977, contribuyeron a forjar al *CLS* como un lugar de protección y no sólo como una escuela académica, como una plataforma de pensamiento en la que se refugiaron muchos de quienes eran perseguidos por sus investigaciones o por sus posturas ideológicas. Desde esta plataforma, los *crits* lanzaron originales y repetidos, serios y superficiales, contundentes e inocuos ataques a varias de las tesis defendidas por la filosofía jurídica de la época.

III. Por Profesores Estadounidenses

El *CLS* es un movimiento de profesores estadounidenses y, como tal, es el resultado de una larga, en ocasiones olvidada, historia de reivindicaciones y luchas sociales en los Estados Unidos en la que la Academia, en ocasiones, ha participado. Mark Tushnet, por ejemplo, sitúa a la generación de los *crits,* como aquella hija de las víctimas del macartismo. Para ellos, el dere-

[15] Para un recuento suscinto de la conferencia, ver: Pérez Lledó, Juan Antonio, *El Movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, p. 84.

[16] Citado por: Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987, p. 9.

[17] Fischl, "The Question That Killed Critical Legal Studies," *op. cit.,* p. 780.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cho no fue sólo el mecanismo utilizado por las minorías para lograr sus conquistas sociales—como sucedió con el movimiento de los derechos civiles durante los sesenta— sino el instrumento usado para perseguir y criminalizar a la protesta social ante el Comité de Actividades Anti Americanas de la Cámara de Representantes. Algunos de los miembros del *CLS*[18] vieron cuando niños cómo sus padres eran perseguidos por agentes del orden que se amparaban en la ley para justificar detenciones y acosos contra todo aquel que manifestara alguna afinidad política con la izquierda. La experiencia jurídica de los *crits* no es sólo la de la Corte Warren que acabó con la discriminación racial en las escuelas de los Estados Unidos, también es la del juez Webster Thayer que presidió el proceso de Sacco y Vanzetti.[19]

Los *crits* también son herederos de todos los movimientos estudiantiles de los sesenta y de su lucha por una Academia menos jerarquizada.[20] La experiencia de una burocracia universitaria que en la mayoría de los casos impidió o no facilitó las protestas en contra de la guerra de Vietnam convenció a muchos *crits* de la necesidad de transformar la enseñanza del derecho y la estructura de las universidades en los Estados Unidos. Por lo demás, una vez los miembros del *CLS* ingresaron en la Academia, pudieron comprobar la rápida transformación que sufren los estudiantes de derecho, de jóvenes idealistas de izquierda a soldados militantes del capitalismo más salvaje. En consecuencia, no es sorprendente que la enseñanza del derecho sea uno de los temas más debatidos y estudiados dentro del movimiento.[21]

[18] Tushnet, "Critical Legal Studies," *op. cit.*, p. 1535.

[19] Nicola Sacco y Bartolomeo Vanzetti fueron dos anarquistas italianos sentenciados a muerte en Estados Unidos, en 1927. Los procesos en contra de Sacco y Vanzetti estuvieron llenos de atropellos; por ejemplo, varios testimonios que exoneraban a los acusados fueron excluídos, sólo porque fueron dados por italianos. Con el tiempo, Sacco y Vanzetti se han convertido en el ejemplo por antonomasia de lo arbitrario que puede ser, en muchos casos, la justicia penal. Para una reseña de los atropellos cometidos por el juez Webster Thayer en contra de Sacco y Vanzetti, ver: Watson, Bruce, *Sacco and Vanzetti: The Men, the Murders, and the Judgment of Mankind*, New York, Viking, 2000.

[20] En palabras de Calvin Trillin, los *crits* son herederos del *nose-thumbing* de Berkeley, la mueca que consiste en ponerse la mano abierta al frente de la nariz. Esto gesto era característico de los movimientos estudiantiles que en los sesentas luchaban por abrirse espacios en medio de la jerarquizada academia estadounidense. Ver, Trillin, Calvin, "Harvard Law," *The New Yorker*, March 26, 1984, http://www.newyorker.com/archive/1984/03/26/1984_03_26_053_TNY_CARDS_000340258.

[21] Ver, por ejemplo: Gordon, Robert W., "Critical Legal Studies as a Teaching Method, against the Background of the Intellectual Politics of Modern Legal Education in the United States", *Legal Education Review*, vol. 1, 1989, pp. 59-83; Kennedy, Duncan y Carrington, Paul D., *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: a Polemic Against the System: a Critical Edition*, Nueva York: New York University Press, 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Resumiendo en pocas líneas lo que sin duda ameritaría una mayor reflexión, los *crits* son el producto de una generación que creció con las esperanzas emancipadoras y revolucionarias de los sesenta, pero que se volvió escéptica frente al papel transformador que podían tener ciertas instituciones jurídicas como los derechos humanos o el estado de derecho. Los *crits*, además, son una generación de docentes conscientes tanto del papel transformador que la Academia puede tener en la sociedad, como de su función en la reproducción de las formas más opresivas de poder. Por lo anterior, la lucha de los miembros del *CLS* es, ante todo, académica. La idea es no sólo cambiar las estructuras burocráticas que imperan en las Universidades, sino revisar y contradecir aquellas disciplinas de saber que contribuyen a perpetuar sistemas de dominación. Los *crits*, por tanto, sostienen relaciones de confrontación con las escuelas que más los han influido. Lo que se busca es no sólo aprovechar las tesis más útiles, sino rechazar aquellos elementos de las teorías que impiden dinamizar los cambios necesarios en la sociedad.

Entre las muchas y heterogéneas teorías de las que se han apropiado los *crits*, quizás las dos más importantes son el realismo jurídico estadounidense, el marxismo clásico y el neomarxismo. En la siguiente sección, se analizará la relación de los *Estudios Críticos del Derecho* con estas escuelas.

1. *Realismo Jurídico*

La relación del *CLS* con el REALISMO ESTADOUNIDENSE es un ejemplo claro de lo ambivalente que son los *crits* con las teorías que discuten y apropian. Del realismo, los *crits* retomaron la tesis de la indeterminación, la idea de que no existe una respuesta única a los problemas jurídicos. Para defender esta posición, los realistas se habían centrado en la ambigüedad del lenguaje de las reglas jurídicas. Jerome Frank,[22] por ejemplo, había señalado que la acción de un chofer embriagado que atropella a una persona puede bien calificarse como culpa con representación (imprudencia consciente) o dolo eventual, dependiendo del contenido que el intérprete dé a las palabras. Si a esto le sumamos la existencia de reglas contradictorias en todo SISTEMA JURÍDICO y, por tanto, la posibilidad que tienen los jueces de escoger la norma que deseen para justificar sus decisiones, el mito de la no discrecionalidad de los fallos judiciales se derrumba con facilidad (véase, CONFLICTOS NORMATIVOS).

[22] Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind.* (Garden City, N.Y.: Doubleday & Co., 1963), 109.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Los *crits* retomaron muchos de estos argumentos que cuestionaban la no DISCRECIONALIDAD de las decisiones judiciales,[23] pero modernizándolos para refutar a aquellas teorías que intentaron responder, precisamente, a los retos teóricos originados por el escepticismo ante las reglas defendido por el realismo jurídico. Desmontar el "mito" de la determinación de las decisiones judiciales no era una simple tarea teórica para los *crits*. Con esta labor, ellos pretendían alcanzar, al menos, dos objetivos políticos. En primer lugar, buscaban analizar y reconstruir críticamente las perspectivas políticas de los jueces. En consecuencia, las sentencias no aparecían como textos inmaculados creados por semidioses que sólo pronunciaban la sacrosanta voz del pueblo, sino como textos redactados por personas de carne y hueso, interesadas en avanzar una agenda política en medio de una confrontación jurídica. Ejemplos de este tipo de investigación se encuentran en obras como *Libertad y restricción en la decisión judicial*,[24] en la cual se pretende analizar las diferentes motivaciones, límites y posibilidades que tienen los jueces al momento de decidir un caso. En otros textos como *A People's History of the Supreme Court*,[25] se busca reconstruir las influencias sociales y económicas que impulsaron los cambios más importantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En segundo lugar, desmontar el mito de la determinación permitió a los *crits* diseñar estrategias políticas de litigio. A diferencia de los abogados tradicionales, los miembros del *CLS* no sólo buscaban la protección de los intereses de sus clientes, sino transformar el mismo sistema culpable de la conculcación de los derechos. Un ejemplo interesante de este tipo de análisis se encuentra en el estudio hecho por Peter Gabel y Paul Harris[26] sobre el caso de Inez García, una joven latina acusada de asesinar a uno de sus violadores, veinte minutos después de haber sufrido la agresión. El primer abogado de Inez García, Charles Garry, la representó alegando una causal

[23] Con cierta modestia, Mark Tushnet reconoce que, "La teoría crítica del derecho modernizó el escepticismo frente a la ley, pero probablemente no añadió ningún argumento sorprendentemente nuevo a aquellos que los realistas jurídicos habían producido." Ver, Tushnet, Mark, "Critical Legal Theory," en *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Golding, Martin P. y Edmundson, William A. (eds.) Malden, MA, Blackwell Pub., 2005, o, 81.

[24] Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción En La Decisión Judicial: El Debate Con La Teoría Crítica Del Derecho (CLS)*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar, Siglo del Hombre, 1999.

[25] Irons, Peter H., *A People's History of the Supreme Court*, New York, Viking, 1999.

[26] Gabel, Peter y Harris, Paul, "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law," *New York University Review of Law and Social Change*, vol. 11, 1983, pp. 369–411.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

de inculpabilidad por hallarse la defendida en un estado transitorio de alteración de conciencia. Aunque el resultado fue benéfico para Inez García, en términos jurídicos, no lo fue desde la perspectiva política de la acusada. La estrategia llevada a cabo por Charles Garry se basó en el delito cometido por Inez y no en la violación de la que fue víctima; de esta forma, en opinión de Gabel y Harris, se legitimó un discurso dominante que oculta las agresiones que sufren las mujeres.

En un segundo proceso, Inez García contrató a la abogada feminista Susan Jordan, quien alegó legítima defensa, en lugar de la causal de inculpabilidad aducida por Garry. La idea era, "traducir la regla de la legítima defensa, masculinamente orientada, en una forma que capturara la experiencia de una mujer enfrentando un ataque posible por un hombre".[27] Para los *crits*, lo importante de la estrategia liderada por Susan Jordan no fue el resultado particular del caso, sino las consecuencias políticas del proceso; en especial, que el movimiento feminista se hubiera movilizado a partir de la situación de Inez García y que hubiera llevado a cabo un cambio en la forma patriarcal y sexista de entender la legítima defensa (véase, además, TEORÍA JURÍDICA FEMINISTA).

Para los miembros de los *Estudios Críticos del Derecho*, como se ha dicho, defender la indeterminación de las decisiones judiciales no sólo es una tesis teórica, es también una herramienta política que les permite tanto criticar como proponer alternativas a las decisiones tomadas por los jueces. Como se evidencia en el estudio del caso de Inez García, al señalar que el juez tiene discreción al momento de decidir fallos judiciales, los *crits* visualizan las sentencias dentro del contexto de las luchas políticas en el que se encuentran, así como diseñan nuevas estrategias para la transformación del derecho y de la sociedad.

Cuando el *CLS* nace, varias décadas habían pasado ya desde que el realismo norteamericano había planteado sus tesis a favor de la discrecionalidad de los jueces. Además, muchas escuelas en boga proponían modelos teóricos que supuestamente resolvían los retos planteados por los realistas. Por esta razón, gran parte de trabajo teórico de los *crits* se dedicó a desmontar las respuestas a los retos del realismo de las más importantes tendencias jurídicas de la época. Quizás los ejemplos más notorios de las luchas de los *crits* contra los intentos reconstructivos se encuentran en las discusiones que tuvieron con Dworkin y con los miembros del movimiento de *Derecho y Economía.*

[27] *Ibidem*, p. 382.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Como sugiere Andrew Altman, las críticas de los realistas a la determinación judicial habían olvidado que, "[e]l derecho es más que sólo reglas jurídicas. También es los principios éticos e ideales de los cuales las reglas son una (aunque imperfecta) expresión, y son estos principios e ideas precisamente los que ayudan a guiar a los jueces a un resultado determinado".[28] En este sentido, Ronald Dworkin defendió la tesis según la cual siempre existe una respuesta correcta en el derecho, a pesar de la ambigüedad y las contradicciones que puedan existir en todo ordenamiento jurídico, porque los jueces tienen la obligación de encontrar la mejor interpretación posible de la práctica jurídica existente. Los principios jurídicos y la virtud de la integridad alumbrarían a los jueces en su labor de encontrar el fallo debido[29] (véase, TEORÍA INTERPRETATIVISTA DEL DERECHO).

Supóngase que en un país los delitos cometidos durante la noche tienen un agravante que aumenta la pena en cinco meses. Un delincuente comete un crimen en pleno eclipse total de sol ¿Fue el crimen perpetuado de día o de noche?, ¿Se le debe agravar o no la pena al delincuente? Los realistas habían sugerido que en últimas los jueces interpretarían la regla según sus deseos, de manera tal que la cuantía de la pena dependerá del estado de ánimo del intérprete o de sus convicciones políticas, pero no del contenido de la norma. Para Dworkin, en cambio, la respuesta al problema jurídico debe hallarse no sólo en el contenido de la ley, sino en los principios éticos que la justifican. Así las cosas, podría argumentarse que los jueces están en la obligación de no agravar la pena, dado el principio de *in dubio pro reo*.[30]

Los *crits* reaccionaron en contra de la respuesta ofrecida por Dworkin, señalando que los principios jurídicos no sólo son esencialmente contradictorios,[31] sino que es imposible encontrar un método o un meta-principio

[28] Altman, Andrew, "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin," *Philosophy & Public Affairs*, vol. 15, núm. 3, 1986, p. 212.

[29] Ver en especial, Ronald Dworkin, *El Imperio de La Justicia*, Barcelon, Gedisa, 1992.

[30] Analizar cuál sería el resultado debido aplicando el modelo sugerido por Dworkin escapa al objeto de este escrito. Lo que es importante resaltar, sin embargo, es que para Dworkin los principios jurídicos, en este caso el de *in dubio pro reo*, vacunan a los sistemas jurídicos de la DISCRECIONALIDAD JUDICIAL que existiría en el caso de que el derecho fuera sólo un conjunto de reglas. Ver: Dworkin, *El Imperio de La Justicia,* cap. VI.; TEORÍA INTERPRETATIVISTA DEL DERECHO.

[31] Dworkin mismo había aceptado que los principios jurídicos se contradicen entre sí. Aun así, para él existe sólo una respuesta correcta incluso en los casos difíciles, porque es posible ponderar entre los principios contradictorios para hallar el que mejor explique y justifique las prácticas jurídicas existentes. En otras palabras, para Dworkin, no es cierto que los jueces elijan discrecionalmente entre principios opuestos, sino que aplican el principio que mejor ilumina el caso: "Cuando dos principios se intersecan […] quien tiene que resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno." Ver: Dworkin,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que garantice que no haya discrecionalidad al momento de fallar un caso. En el anterior ejemplo, un juez menos garantista podrá invocar, verbi gratia, el principio de la retribución de la pena para asignar una condena más drástica. Para los *crits,* la solución a este conflicto está mediada por la estructura del ordenamiento jurídico y por las micro-luchas que se dan al momento de decidir el fallo; es decir, por la vocación política del intérprete, por el tiempo que disponga para defender su posición, por el carácter del tribunal de apelación, por la redacción de las normas, por la presión pública, entre otras.[32] Todas estas son variables que influyen en el resultado y que no pueden obviarse, como pretenderá Dworkin y otras corrientes afines, con métodos abstractos como la ponderación de Alexy.[33]

Algo similar sucedió con la relación entre los *Estudios Críticos del Derecho* y el movimiento de *Derecho y Economía* (véase, ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO). Los miembros de esta escuel[34] propusieron acudir a la microeconomía para explicar cómo fallan y deberían fallar los casos jurídicos. De esta forma, se pretendía que los jueces aplicaran métodos objetivos, neutrales, científicos y racionales que permitieran hallar una *apolítica* respuesta al problema en litigio. En consecuencia, la economía se convirtió en la candidata a llenar los intersticios de discrecionalidad inherente a todo sistema jurídico.

Los *crits* respondieron al movimiento de *Derecho y Economía*, señalando los presupuestos políticos de su teoría, en especial del teorema de Coase,[35] y

Ronald, "The Model of Rules I," en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 26.

[32] Ver en especial, Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción En La Decisión Judicial: El Debate Con La Teoría Crítica Del Derecho (CLS)*, *op. cit.*

[33] Es importante aclarar que la noción de ponderación sugerida por Robert Alexy es distinta a la planteada por Dworkin. Para el primero, los principios son criterios de maximización, para el segundo, son normas que garantizan la protección de un derecho y que vencen consideraciones de utilidad. Por ello, mientras para Alexy la ponderación puede expresarse mediante una fórmula lógica que compara entre la importancia dada a dos estándares, para Dworkin es necesario una profunda investigación sobre la justificación ética de cada principio. Ver, en especial, Dworkin, "The Model of Rules I.", *op. cit.*; Robert Alexy, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

[34] Para una introducción, ver Posner, Richard, *El Análisis Económico Del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

[35] Para una introducción a la discusión entre el movimiento de *Derecho y Economía* y los *Estudios Críticos del Derecho*, ver en especial, Newman, Peter y Kennedy, Duncan, "Law-and-economics from the Perspective of Critical Legal Studies," in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London - New York, Macmillan Reference, Stockton Press, 1998, pp. 465–474; Eastman, Wayne, "Critical Legal Studies," en Bouckaert, Boudewijn y Geest,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cuestionando, por tanto, la supuesta neutralidad y apoliciticidad de sus métodos interpretativos y de análisis, así como del valor de la eficiencia. En otras palabras, los miembros del *CLS* mostraron que los métodos de INTERPRETACIÓN JURÍDICA basados en la economía eran sólo una de las facciones en disputa, y que sus resultados dependían de aceptar tesis no comprobadas que servían para disfrazar intereses políticos y de clase. Los seres humanos no son sólo, como presuponen los adherentes a *Derecho y Economía*, egoístas interesados sólo en su propio bienestar y no siempre eligen racionalmente para satisfacer sus preferencias.

Los *crits* no sólo se dedicaron a defender la tesis realista de la indeterminación jurídica, de quienes de alguna forma propusieron modelos teóricos para "solucionar" o "limitar" la discrecionalidad de los jueces, ellos también adoptaron muchos de los métodos de investigación que utilizaron los realistas. Como afirma Mark Tushnet, "La teoría crítica del derecho aprendió del realismo jurídico estadounidense, la percepción de que una explicación del derecho debe combinar un análisis del razonamiento jurídico con la teoría social, vagamente definida."[36]

Desde sus primeras críticas a los métodos de enseñanza e investigación jurídica defendidos por Christopher Columbus Langdell,[37] el movimiento realista cuestionó la separación del derecho frente a otras disciplinas como la sociología o la filosofía. Siguiendo este camino, con el fin de una mejor comprensión y análisis del fenómeno jurídico, los *crits* sostuvieron diálogos críticos con disciplinas teóricas tan variadas como el marxismo clásico, el deconstruccionismo, la filosofía del lenguaje y el posestructuralismo.

2. *Marxismo Clásico y Neo-Marxismo*

Desde sus inicios, el movimiento de los *Estudios Críticos del Derecho* tomó una postura crítica frente al marxismo clásico.[38] La principal disputa entre los miembros de ambas escuelas se dio sobre el papel que el derecho cumple

Gerrit de (eds.) *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2000, pp. 754–789.

[36] Tushnet, "Critical Legal Theory," *op. cit.*, p. 81.

[37] Para un resumen de los métodos de enseñanza e investigación jurídica comunes en la época y las críticas del realismo estadounidense, ver en especial, Twining, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1973.

[38] Para una descripción sobre la relación entre los *crits* y los marxistas clásicos durante la primeras conferencia del *CLS*, ver en especial Tushnet, "Critical Legal Studies", *op. cit.*; Schlegel, "Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies," *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en la transformación de la sociedad. Mientras para el marxismo clásico, los cambios en superestructuras como el derecho son de poca importancia, los *crits* piensan que importantes cambios pueden darse a través de modificaciones en las diferentes representaciones generadas por los sistemas jurídicos.[39]

Para los *crits*, el marxismo incurre en el error de creer que las decisiones judiciales son determinadas por las fuerzas socioeconómicas. En otras palabras, el marxismo olvida que el derecho no sólo es un espejo de la base material de la sociedad, sino que es un instrumento para crear otras realidades. Los sistemas jurídicos crean conceptos como *derecho subjetivo* o *propiedad privada,* los cuales a su vez determinan la forma de entender las relaciones sociales. Por esta razón, un cambio en el derecho puede significar una verdadera revolución en una sociedad.

Los miembros de los *Estudios Críticos del Derecho* tampoco aceptaron la idea de que los grupos dominantes pudieran controlar todas o la mayoría de las decisiones judiciales. Como afirma Mark Kelman, los *crits* encontraron difícil de creer,

> que las élites pudieran dominar cada decisión hecha, ya sea porque los sistemas jurídicos pueden ser relativamente autónomos, o porque los imperativos de consistencia ideológica pueden superar la orientación del resultado, o simplemente porque menos está en juego en cada disputa intrasistémica de lo que los teóricos del dominio de las élites algunas veces insinúan.[40]

Para los *crits,* además, el marxismo no daba cuenta de importantes características de todo SISTEMA JURÍDICO, como el hecho de que los jueces en ocasiones presten más atención a la ley, o a casos anteriores que a la clase social en la que se encuentran,[41] o que muchas reformas jurídicas habían sido propuestas por líderes que de forma sincera deseaban una verdadera transformación social.

El determinismo jurídico defendido por el marxismo clásico, a los ojos de los *crits*, es un elemento conservador que en realidad obstaculiza los cambios sociales y que representa los elementos más oscuros de la política de izquierda. En este sentido, refiriéndose a la posición frente al marxismo de los *crits* en las décadas del 70 y 80, John Henry Schlegel manifiesta que,

[39] Para un estudio crítico sobre la relación entre el marxismo y *CLS*, ver en especial: Sciaraffa, Stefan, "Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder," *Legal Theory*, vol. 5, núm. 2, 1999, pp. 201–219.

[40] Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, *op. cit.*, p. 248.

[41] Tushnet, Mark, "Critical Legal Theory," *op. cit.*, p. 83.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> Aun en las más liberales partes del mundo de la academia jurídica, Marx significa Lenin, Lenin significa Stalin, Stalin significa las purgas y los gulags, y los sucesores de Stalin significaban una posibilidad de una economía tecnológicamente avanzada como parte de una sociedad aún más represiva que la nuestra. En tales circunstancias, uno puede entender una aversión a una visión determinista de las relaciones sociales que venía de la izquierda.[42]

Impulsados por sus divergencias con el marxismo clásico, los *crits* se acercaron a otras posiciones de izquierda más afines con sus postulados, tales como la Teoría Crítica y los movimientos postmodernos. Para algunos autores, incluso, el *CLS* puede entenderse como la aplicación a la teoría jurídica de las herramientas teóricas propuestas por la Escuela de Fráncfort.[43]

De toda esta variopinta amalgama de autores y corrientes, los *crits* fueron extrayendo diferentes herramientas teóricas que emplearían en sus análisis, en algunas ocasiones con poco rigor académico. Una de ellas fue el denominado *trashing*,[44] el cual, en palabras de los propios *crits*, consiste en, "mostrar cómo un discurso ha convertido lo contingente en lo necesario, y revelar las interpretaciones alternativas reprimidas que son perfectamente consistentes con las manifiestas premisas del discurso".[45]

Las discusiones que tuvieron los *crits* con Dworkin y la escuela de *Derecho y Economía*, en gran parte, son ejemplos de *trashing*. Cuando estos movimientos sugerían que la interpretación judicial debía rendir resultados necesarios, gracias a que la ética y la economía respectivamente resolvían el problema de la indeterminación jurídica, los miembros del *CLS* señalaron que aun siguiendo las teorías interpretativas de Dworkin o el teorema de Coase se podría llegar a resultados contradictorios. En consecuencia, la decisión judicial no es el resultado de métodos que conducen a resultados necesarios, sino de procesos en los cuales se ven enfrentadas diferentes facciones políticas.

Los *crits* también adoptaron el método deconstructivista desarrollado por el famoso filósofo francés Jacques Derrida. Los miembros del *CLS* en-

[42] Fischl, "The Question That Killed Critical Legal Studies," *op. cit.*, p. 973.

[43] En palabras de Pérez Lledó, "CLS ha sido, entre otras cosas, una especie de traslación al campo jurídico de la Teoría Crítica de la Escuela de Fráncfort." Ver, Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, p. 177.

[44] *Trash* en inglés significa tanto basura como botar a la basura. Ha sido en ocasiones traducida como "operación de descombro".

[45] Gordon, Robert, "Law and Identity," *Tikkun*, vol. 3, núm. 1, 1988, p. 16. Sobre el concepto de *trashing*, ver en especial, Kelman, Mark, "Trashing," *Stanford Law Review*, vol. 36 1984, pp. 293–321.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tendieron a la desconstrucción como una herramienta[46] para encontrar el caótico patrón que está detrás del aparente orden legal de las decisiones jurídicas.[47] En este sentido, autores como Duncan Kennedy intentaron hallar en la historia del derecho de los contratos civiles[48] patrones que yacían detrás de las diferentes normativas y cambios legislativos: por un lado, una visión de la sociedad liberal, en la cual los seres humanos son agentes responsables e independientes, por otra, una visión paternalista del derecho, según la cual el Estado debe cuidar de los ciudadanos y distribuir sus riquezas. El derecho de los contractos, en consecuencia, es un campo de batalla en el que diferentes concepciones políticas sobre los seres humanos se enfrentan de forma constante a lo largo de la historia.

De otro autor francés, Michel Foucault, los *crits* introdujeron otro concepto, el de genealogía, el cual entendieron como una historia de categorías jurídicas como propiedad, corporación, público o privado.[49] En este tipo de empresa, como afirma Robert W. Gordon, uno de los principales líderes del movimiento, los *crits* han tenido sus más importantes contribuciones al pensamiento jurídico contemporáneo.[50]

Como ejemplo del uso de la genealogía por los miembros del *CLS*, Gordon sugiere el caso de los manifestantes en los centros comerciales.[51] Tradicionalmente, los abogados han estudiado el problema como un conflicto entre el derecho a la propiedad de los dueños del centro comercial y el de la libertad de expresión de los huelguistas. Según Gordon, la historia puede ayudar, en este caso, señalando las obligaciones que de forma tradicional el derecho exige en compensación por las garantías ofrecidas para proteger la propiedad privada[52] Los dueños de los centros comerciales, en consecuencia, estarían demandado una protección a los derechos que jamás ha sido

[46] Es importante aclarar que los *crits* pretendieron utilizar de forma "liberal" herramientas teóricas complejas como la deconstrucción o la genealogía. En este artículo, más que un análisis crítico sobre el uso correcto o apropiado de estos conceptos, lo que se pretende es sólo una pequeña reseña sobre lo que significaron para los *crits*, y como ellos usaron estos conceptos. Véase, además, FOCAULT Y LA TEORÍA JURÍDICA.

[47] Ver Gordon, "Law and Identity," *op. cit.*, p. 15.

[48] Ver en especial, Kennedy, Duncan, "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power," *Maryland Law Review*, vol. 41, núm. 4, 2012, p. 563.

[49] Ver Gordon, "Law and Identity," *op. cit.*, p. 16.

[50] Gordon, Robert W., "Critical Legal Histories," *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 1-2 1984, p. 57.

[51] Ver, Gordon, "Law and Identity," *op. cit.*

[52] *Idem*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

reconocida sin contraprestación alguna. Su reclamo, por tanto, contradice la historia jurídica de la propiedad privada.

Resumiendo, puede afirmarse que los *crits* heredaron del marxismo clásico una posición crítica frente a las estructuras del poder dominante en la sociedad, sin embargo, cuestionaron sus tesis sobre la primacía de las fuerzas socioeconómicas, así como su visión sobre la interpretación judicial. Por esta razón, los miembros del *CLS* se acercaron a posiciones neo marxistas y de otras tendencias filosóficas que permitían un estudio más detallado de la forma cómo opera el derecho para legitimar y justificar situaciones de dominación.

IV. Avanzar una agenda filosófica y política

En un artículo escrito a inicios de la década de los noventa, Richard Michael Fischl, profesor de derecho de la Universidad de Connecticut, intentó responder a una amiga suya, también docente en la materia, quien le sugirió que los *CLS* fracasaron porque no fueron capaces de proponer una alternativa.[53] El reto de la amiga fue debatido también por otros *crits* en varios espacios académicos, incluyendo una conferencia celebrada en la Universidad de Alabama.[54]

A lo largo del artículo, Fischl sugiere que aunque los *crits* no ofrecieron una respuesta a los sistemas que criticaban, su posición era válida y necesaria para la sociedad. Así como para un paciente es importante saber de qué está enfermo, aunque todavía desconozca la cura, para la teoría jurídica es esencial reconocer los males del derecho, así no pueda proponer alternativas. En consecuencia, pareciera que los *crits* no tuvieran una agenda que avanzar, salvo las críticas ya reseñadas al determinismo en las ciencias sociales y jurídicas, y su insistencia por una investigación jurídica no alejada de la política y de otras disciplinas.

La defensa del *CLS* hecha por Fischl es válida no sólo para esta escuela, sino para similares teorías críticas. Para una persona puede ser vital reconocer que padece SIDA, por ejemplo, aunque todavía no se dispongan los medios para tratar esta enfermedad. Por lo demás, es imposible encontrar la cura sino se conoce, al menos, en qué consiste el virus. *CLS*, en este sen-

[53] Fischl, "The Question That Killed Critical Legal Studies," *op. cit.*

[54] Ver en especial, Schlegel, John Henry, "CLS Wasn't Killed by a Question," *Alabama Law Review*, vol. 58, núm. 5, 2007, pp. 967–977.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tido, puede entenderse como una teoría dedicada al diagnóstico, aunque no al tratamiento, de los males que afectan al derecho contemporáneo.

Aun así, parece exagerado afirmar que los *CLS* no tuvieran un proyecto político que avanzar en sus contiendas políticas y teóricas. Si bien es cierto que los *crits* ni desarrollaron, ni impulsaron macro-teorías que pudieran expresar una visión política o jurídica,[55] sí defendieron posturas específicas que debían adoptar los sistemas jurídicos en las respectivas coyunturas de turno. Así, por ejemplo, en los casos antes mencionados, los *crits* optaron por una visión de la legítima defensa que expresara las posiciones de los sectores feministas en el proceso contra Inez García, así como defendieron los derechos de los huelguistas a manifestarse en los centros comerciales. Estos y otros proyectos que los *crits* impulsaron constituyen, de alguna forma, la agenda política de los *CLS*.

Por lo demás, sería contradictorio sostener que los *crits* propugnaron por algunas posturas teóricas con el fin de desarrollar una agenda política que no existía. En el caso ya explicado de la defensa de la indeterminación de las decisiones judiciales, Duncan Kennedy, es enfático en afirmar que se debió a la necesidad de impulsar sus proyectos políticos:

> Mostrar cuánto del derecho actual vigente era el producto de proyectos políticos tanto de la derecha como de la izquierda moderada, para que entonces pudiéramos discutir por proyectos más radicales, no sobre la base de lo legalmente correcto, pero sobre la base de que eran correctos si la gente los quería.[56]

En consecuencia, la defensa de la indeterminación de la ley, quizás la tesis más difundida entre los *crits* es, a la vez, una propuesta por una versión más radical y contestaria de la democracia, una que sospecha de los mecanismos tradicionales de control político como la regla de derecho y los DERECHOS HUMANOS, y que duda de la legitimidad de los ordenamientos jurídicos. En este sentido, como se advirtió al inicio del capítulo, los *crits* son hijos de la generación que fue perseguida por el macartismo en los Estados Unidos.

A pesar de lo anterior, es difícil describir la agenda política de los integrantes de los *Estudios Críticos del Derecho* por dos razones. En primer lugar, porque, como se explicó, los *crits* no desarrollaron macro teorías, sino pro-

[55] Como afirma Pérez Lledó, "CLS ni se adhiere ni aspira a construir un único 'sistema' teórico y opta en cambio por prácticas teóricas a pequeña escala ('teoría local') adaptando elementos tomados de las más diversas tradiciones y autores." Ver, Pérez Lledó, "Teorías Críticas Del Derecho," *op. cit.*, p. 96.

[56] Kennedy, Duncan *et al.*, "Critical Legal Theory," *op. cit.*, p. 117.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

yectos doctrinarios sobre problemas específicos del derecho. En otras palabras, en la mayoría de los casos, los *crits* se dedicaron a problemas puntuales de la dogmática jurídica y no a la elaboración de una teoría del derecho propia. La reconstrucción, por tanto, de su agenda política, implica abordar temas tan diversos como la IGUALDAD DE GÉNERO, los derechos de los manifestantes o la crítica a la teoría tradicional de los DERECHOS HUMANOS.[57] En varios de estos campos de lucha política, los propios miembros del *CLS* se enfrentaron entre ellos, porque no aceptaban los idearios políticos de los otros integrantes del movimiento.[58]

En segundo lugar, porque la propuesta de los miembros de los *Estudios Críticos del Derecho* tiene una aparente contradicción. Por un lado, como se vio cuando se discutió la relación entre el movimiento y el marxismo, los *crits* vieron al derecho como un discurso que pre configuraba realidades y al que, por tanto, podía acudirse para realizar importantes cambios en la estructura de la sociedad. Por otro lado, los *crits* fueron críticos de instituciones, como la regla de derecho o los derechos humanos, que fueron tradicionalmente utilizadas para avanzar las luchas sociales de las minorías en los Estados Unidos.

La contradicción es aparente, sin embargo, porque una cosa es criticar algunas instituciones tradicionales del derecho, otra muy distinta es negar que los sistemas jurídicos sean campos de batalla en los cuales pueden lograrse importantes reivindicaciones sociales. Los *crits* negaron la primera de estas tesis, pero suscribieron la segunda. Por esta razón, los miembros de los

[57] Para las críticas de los *crits* a la noción tradicional de derechos humanos, ver en particular, Tushnet, Mark, "Rights: An Essay in Informal Political Theory," *Politics & Society* 17, núm. 4, 1989, pp. 403–451; Price, David Andrews, "Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies," *Cambridge Law Journal*, vol. 48, 1989, pp. 271–301.

[58] Quizás el caso más importante fueron las controversias que se dieron en el movimiento alrededor de los derechos humanos. La posición mayoritaria de los *crits* era de escepticismo. Para ellos, era imposible invocar la protección de los derechos humanos, sin darle poder a las Cortes y al Estado y, por tanto, sin agravar las verdaderas causas de los problemas políticos. Además, muy en la vena de la crítica heredera de la tradición inaugurada por Marx en *La cuestión judía*, los miembros de los *Estudios Críticos del Derecho* pensaban que los derechos humanos fortalecen una posición individualista del ser humano que obstaculiza una visión más humanitaria y fraterna. Esta posición obligó a autores como Patricia Williams a retirarse del movimiento, porque para ellos, los derechos humanos eran una importante herramienta política que había sido fundamental para la protección de las minorías en la historia reciente estadounidense. *Cfr.*, Williams, Patricia J., *The Alchemy of Race and Rights*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991; Bauer, Bruno; Marx, Karl, y Mate, Reyes, *La cuestión judía*, Rubí; México, D.F.: Anthropos Editorial, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2009. Para Duncan Kennedy, esta disputa generó una nueva etapa en el desarrollo del *CLS*. Cfr, Kennedy, Duncan, "Nota Sobre La Historia de CLS En Los Estados Unidos," *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Estudios Críticos del Derecho impulsaron su agenda política con métodos pocos tradicionales para la comunidad jurídica. Ellos utilizaron al derecho para lograr sus metas políticas, pero no con las herramientas jurídicas tradicionales. En algunos casos, por ejemplo, propugnaron por defensas en las que se buscaba ridiculizar a los jueces[59] o por estrategias en las cuales se arriesgaba la libertad de los representados, como en el caso ya estudiado de Inez García.

En conclusión, puede afirmarse que aunque los *crits* no desarrollaron una macro teoría política o jurídica, sí propugnaron por específicos intereses políticos, la mayoría de los cuales puede adscribirse a tendencias progresistas, o de izquierda, que buscaban reivindicar a grupos tradicionalmente marginados.

V. Situación Actual

Como reconocen los propios *crits,* los *Estudios Críticos del Derecho* es un movimiento pasado. Duncan Kennedy, por ejemplo, sin ambages describe al *CLS* como un movimiento que, "únicamente existe como una escuela de pensamiento en la Academia Jurídica",[60] en tanto que autores como Tushnet[61] o Fischl[62] se preguntan por lo que quedó o queda de *CLS* en la el pensamiento jurídico estadounidense.

Muchas razones se han aducido para explicar el temprano deceso de los *CLS.* Mark Tushnet, por ejemplo, sugiere que la estructura actual de las universidades estadounidenses ha favorecido el desarrollo de otras tendencias de izquierda que han desplazado el nicho que antes ocupaban los *crits.* Así, por ejemplo, cuando en aras de la diversidad se desea vincular a un profesor que simpatice con los sectores más progresistas, se contratará a docentes que trabajen en temas como la crítica de la raza o de género, pero no a un *crits*. Una explicación similar sugiere que la mayoría de académicos que hicieron parte del movimiento se han retirado o no disponen de las

[59] Ver, por ejemplo, la defensa hecha por varios *crits* a los *Ocho de Chicago. Cfr*. Gabel y Harris, "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law," *op. cit.*

[60] Newman y Kennedy, "Law-and-economics from the Perspective of Critical Legal Studies," *op. cit.*, p. 465.

[61] Tushnet, "Survey Article," *op. cit.*

[62] Fischl, "The Question That Killed Critical Legal Studies," *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

energías necesarias para tareas como la organización de conferencias y publicaciones, sin las cuales *CLS* está destinado a desaparecer.[63]

Para Pierre Schlag, muchos simpatizantes de los *Estudios Críticos del Derecho* decidieron retirarse del movimiento o moderar sus posiciones, con el fin de encontrar menos resistencia al momento de optar por algún ascenso.[64] Otros autores como John Henry Schlegel sostienen que fue la falta de originalidad en los trabajos nuevos de los autores, la que llevó al decaimiento del *CLS*.[65]

Movimientos afines como la teoría crítica de la raza o la teoría jurídica feminista desarrollaron, además, proyectos de investigación que desplazaron los trabajos que antes realizaban los *crits* y que se opusieron a algunas de sus tesis. El movimiento de la teoría crítica de la raza, por ejemplo, consideraba que la posición mayoritaria entre el *CLS* respecto a los derechos humanos contribuía a, "minimizar, descuidar y trivializar la relación entre derecho y raza".[66] La TEORÍA JURÍDICA FEMINISTA, por su parte, ha desarrollado métodos de investigación filosófica distintos a los del *CLS*. En este sentido, por ejemplo, se ha prestado mucha mayor atención a las narrativas individuales y a géneros no tradicionales de escritura.

De todos modos, los *CLS* permanecen vigentes en el pensamiento jurídico norteamericano. En primer lugar, porque muchos de sus miembros continúan escribiendo y desarrollando algunas de las ideas que originaron el movimiento hace ya varios años. En segundo lugar, porque varias de sus tesis han sido retomadas por otras escuelas o continúan haciendo parte del debate jurídico contemporáneo. No es exagerado afirmar que por muchos años seguirán defendiéndose tesis como la no determinación de los sistemas jurídicos y se continuará cuestionando el papel político que cumple el derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER - FLOYD, Nikol G., "Critical Race Black Feminism: A 'Jurisprudence of Resistance' and the Transformation of the Academy." *Signs*, vol. 35, núm. 4.

[63] Tushnet, "Survey Article," *op. cit.*

[64] Ver, Schlag, "Critical Legal Studies," *op. cit.*, p. 298.

[65] Ver, Schlegel, "CLS Wasn't Killed by a Question," *op. cit.*

[66] Alexander - Floyd, Nikol G., "A Critical Race Black Feminism: 'Jurisprudence of Resistance' and the Transformation of the Academy," *Signs*, vol. 35, núm. 4, 2010, p. 812.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ALEXY, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALTMAN, Andrew, "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin." *Philosophy & Public Affairs*, vol. 15, núm. 3, 1986.

BAUER, Bruno, MARX, Karl y REYES Mate, *La cuestión judía*. Rubí; México, D.F., Anthropos Editorial ; Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2009.

CALSAMIGILIA BLANCAFORT, Albert. "La retórica de Critical Legal Studies: impresiones de un lector español," *Doxa*, núm. 11, 1992.

DWORKIN, Ronald, *El Imperio de La Justicia*. Barcelona, Gedisa, 1992.

_____, "The Model of Rules I." en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

EASTMAN, Wayne, "Critical Legal Studies" en Bouckaert, Boudewijn y Geest, Gerrit de (eds.) *Encyclopedia of Law and Economics*, . Cheltenham, UK - Northampton, MA, Edward Elgar, 2000.

FISCHL, Richard Michael, "The Question That Killed Critical Legal Studies." *Law & Social Inquiry*, vol. 17, núm. 4, 1992.

FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*. Garden City, N.Y., Doubleday & Co., 1963.

GABEL, Peter, y HARRIS, Paul, "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law." *New York University Review of Law and Social Change*, vol. 11 1983.

GORDON, Robert, "Law and Identity." *Tikkun*, vol. 3, núm. 1, 1988.

_____, "Critical Legal Histories." *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 1-2, 1984.

_____, "Critical Legal Studies as a Teaching Method, Against the Background of the Intellectual Politics of Modern Legal Education in the United States." *Legal Education Review*, vol, 1, 1989, pp. 59–83.

IRONS, Peter H, *A People's History of the Supreme Court*. New York, Viking, 1999.

KELMAN, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987.

_____, "Trashing." *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 293–321.

KENNEDY, Duncan, "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power." *Maryland Law Review*, vol. 41, núm. 4, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *Libertad y Restricción En La Decisión Judicial: El Debate Con La Teoría Crítica Del Derecho (CLS)*. Bogotá, Ediciones Uniandes, Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar, Siglo del Hombre, 1999.

_____, "Nota Sobre La Historia de CLS En Los Estados Unidos", *Doxa*, núm. 11, 1992.

KENNEDY, Duncan, y CARRINGTON, Paul D., *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: a Polemic Against the System: a Critical Edition*. Nueva York, New York University Press, 2004.

KENNEDY, Duncan; LASSER, Mitchel; KENNEDY, David; BERMAN, David; SILBER, Norman, y KESSLER, Lawrence. "Critical Legal Theory" in Tiefenburn, Susan (ed.) *Law and the Arts*. Westport, CT, Greenwood Press, 1999.

NEWMAN, Peter, y KENNEDY, Duncan (eds.), "Law-and-economics from the Perspective of Critical Legal Studies" en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 465–474. London; New York, Macmillan Reference, Stockton Press, 1998.

PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, *El Movimiento Critical Legal Studies*. Madrid, Tecnos, 1996.

_____, "Teorías Críticas Del Derecho." en Laporta, Francisco Javier y Garzón Valdéz, Ernesto (eds.) *El Derecho y La Justicia*, Madrid, Trotta, 1996.

POSNER, Richard, *El Análisis Económico Del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

PRICE, David Andrews, "Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies." *Cambridge Law Journal*, vol. 48, 1988.

SCHLAG, Pierre, "Critical Legal Studies," Katz, Stanley (ed.) *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*. Oxford, Oxford University Press, 2009.

SCHLEGEL, John Henry, "Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies." *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 1-2, 1984.

_____, "CLS Wasn't Killed by a Question." *Alabama Law Review*, vol. 58, núm. 5, 2007.

SCIARAFFA, Stefan, "Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder." *Legal Theory*, vol. 5, núm. 2, 1999.

TRILLIN, Calvin, "Harvard Law" *The New Yorker*, March 26, 1984. http://www.newyorker.com/archive/1984/03/26/1984_03_26_053_TNY_CARDS_000340258.

TUSHNET, Mark, "Critical Legal Studies: A Political History." *The Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 5, 1991.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "Rights: An Essay in Informal Political Theory." *Politics & Society*, vol. 17, núm. 4 1989.

_____, "Survey Article: Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States." *Journal of Political Philosophy*, vol. 13, núm. 1, 2005).

TUSHNET, Mark, "Critical Legal Theory." en Golding, Martin P. and Edmundson, William (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, MA: Blackwell Pub., 2005.

TWINING, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. London, Weidenfeld and Nicolson, 1973.

WATSON, Bruce, *Sacco and Vanzetti: The Men, the Murders, and the Judgment of Mankind*. New York: Viking, 2007.

WILLIAMS, Patricia J., *The Alchemy of Race and Rights*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 13
TEORÍAS JURÍDICAS FEMINISTAS

Rosa Ricoy*

Sumario: I. *Introducción.* II. *El concepto de "Feminismo" y la Diferencia entre "Sexo" y "Género".* III. *Teorías Feministas.* IV. *Bibliografía.*

I. Introducción

Estas páginas pretenden mostrar la realidad de que el Derecho no ha escapado a la circunstancia del sexismo, pues *coadyuva de modo importante en el mantenimiento de semejante realidad discriminatoria,* hasta el punto de considerar que los principios y procedimientos que se consideran garantía y expresión de la racionalidad práctica, tal vez no sean más que una manifestación de la perspectiva del hombre, cuya universalización sería una manera de silenciar la perspectiva de las mujeres. Y de hecho, *nuestros sistemas jurídicos siguen sirviendo al dominio del hombre sobre la mujer aunque sancionen la igualdad de trato entre los sexos.*[1]

Parece obvio que el Derecho no siempre consigue la modelación efectiva de la realidad social ni siempre llega a tiempo para cubrir todas las demandas de justicia. Incluso en el ámbito de lo que pueden considerarse discriminaciones injustas, hay umbrales difíciles al acceso de lo jurídico.[2] Sin embargo, aunque ni la Constitución ni las leyes sean un bálsamo que por sí solas curen todas las desigualdades injustas, tanto las que sobreviven del pasado como las que continúan naciendo en nuevas formas, la legislación debe servir de instrumen-

* Profesora de la Universidad de Vigo y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), España.

[1] Garcia Amado, Juan Antonio, "¿Tienen sexo las normas?: Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 9, 1992, Madrid, pp. 14-15 y 27.

[2] Ruiz Miguel, Alfonso, "La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" *en El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 196; e *idem*, "Las huellas de la igualdad en la Constitución", en Reyes Mate, Manuel, *Pensar la igualdad y la Diferencia. Una reflexión filosófica*, Fundación Argentaria, Madrid, 1995.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 459-499.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

to para superarlas progresivamente como veremos, ha ocurrido con el contenido de la igualdad,[3] exigencia ínsita a nuestro Estado.

En Estados Unidos existen varios movimientos, entre otros, los denominados "*Critical Legal Studies*" (ver, TEORÍAS JURÍDICAS CRÍTICAS) o "*Feminist Jurisprudence*", que se han centrado en esta problemática, aseverando el hecho de que incluso se ha adoptado el punto de vista masculino en el Derecho. Es decir, en muchas ocasiones éste estructura y reproduce las relaciones de género, cuestionándose así la neutralidad que del mismo se predica, y por ello también denominada quimera de la NEUTRALIDAD del cientificismo jurídico. Un ejemplo clásico sería la consideración que el embarazo ha tenido dentro de la legislación laboral de algunos países como enfermedad laboral.[4] En otras ocasiones, es la aparente neutralidad la que invisibiliza la presencia de las mujeres y sus problemas, en las investigaciones socio-jurídicas.

El estereotipo social de lo masculino y lo femenino se ven también reflejados e incluso reforzados por la actuación de los Tribunales. El papel de la sociología en este ámbito ha sido decisivo y especialmente clarificador en el análisis por ejemplo, de los juicios por violación. En ellos se analiza, entre otras, las estrategias utilizadas por las partes, especialmente las de la acusación que indagan sobre la vida privada de la víctima para cuestionar su honorabilidad a través de tópicos y estereotipos sobre la sexualidad de ambos sexos que siempre acaba privilegiando a los hombres, contribuyendo a su vez, a que se consagre una visión falocéntrica de la sexualidad.

En este sentido, analizar la igualdad y la no discriminación por razón de sexo, y las diferentes teorías feministas que de uno u otro modo han pretendido erradicar la vindicación de este derecho, así como en tratamiento que el derecho ha realizado en torno a las mujeres, tanto en el ámbito legislativo como en el judicial, es construir una teoría jurídica feminista. Y ello, a sabiendas del *hándicap* que constituye cualquier planteamiento o adopción de una perspectiva de este tipo, por su indudable componente ideológico en la toma de postura de cada una de las problemáticas en torno a este tema aquí suscitadas, así como por la polémica que la propia voz *feminismo* suele llevar aparejada. De hecho,

[3] Laporta, Francisco, "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema*, vol. 67, julio 1985, p. 5. Idea que podríamos resumir en el concepto de "igualdad como principio abierto históricamente"; véase, Perez Luño, Antonio, *Teoría del Derecho, Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 227. En el mismo sentido, Ara Pinilla, Ignacio, "Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad", A.A.V.V., *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 206.

[4] Bodelón, Encarna, "Género y Derecho", A.A.V.V., *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 645.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en contra de lo que pudiera pensarse, ser feminista sigue resultando difícil incluso en la actualidad. Ahora no sólo hay que convencer a "los otros", hay que convencer a muchos de los que hasta hace poco lo apoyaban[5] y que han desacreditado la eficiencia y las políticas públicas dirigidas a la consecución de la igualdad. Eso me hace recordar lo que se ha denominado el "dilema Wollstonecraft", es decir, las contradicciones que surgen por el hecho de que todas las medidas diseñadas para aumentar la igualdad entre los sexos acaban teniendo efectos negativos sobre las mujeres debido al contexto patriarcal en que se aplican.[6] Este hecho resulta igualmente paradójico, pues los movimientos feministas, salvo los minoritarios postulados más radicales, han propugnado una situación equilibrada entre los sexos lejos de reivindicar la vuelta de nuevo al matriarcado. Y ello, para compensar ese porcentaje de déficit democrático que ahora falta, lo que en mi opinión no es sólo una reivindicación feminista, sino una cuestión de justicia que debería preocupar a todos los ciudadanos.

Ha sido muy frecuente la utilización política en aras a conseguir los votos de las mujeres, a pesar de que los derechos de las mujeres no sean de derechas ni de izquierdas, sean de las mujeres. De hecho, existen teorías que han afirmado que las mujeres propenden naturalmente a los partidos conservadores y son aristocratizantes por naturaleza. A juicio de Bluntschli (siglo XIX), quien se basa en Roehmer al que considera irrefutable, hay que distinguir entre partidos masculinos y femeninos. Según esto, los partidos liberales y conservadores pertenecen al género masculino, y los radicales y absolutistas al género femenino.[7]

Asimismo, no existe "el feminismo", sino "los feminismos" como no existe "la mujer", sino "las mujeres",[8] pues somos diversas igual que los hombres. Sí podemos decir que somos idénticas en cuanto al sexo, parecidas según las construcciones de género, que pretendemos ser iguales en derechos con respecto a los hombres, y que a su vez queremos ser diferentes, no sólo con respecto a

[5] West, Robin, *Género y Teoría del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2000, p. 37.

[6] Sobre estas cuestiones resulta interesante la lectura, entre otros, de: Lombardo, Emmanuela, "La política de género de la Unión Europea: ¿atrapada en el 'dilema de Wollstonecraft'?", García Inda, Andrés y Lombardo, Emmanuela (eds.), *Género y Derechos Humanos*, Huesca, Mira Editores, 2002, y en relación a la obra de Wollstonecraft, Mary, *Vindicación de los derechos de la Mujer*, Barcelona, Debate, 1998.

[7] Bluntschli, Johann Kaspar, *Théorie genérlae de L'État*, Villamin et Cie, París, 1967 en su version: *The Theory of State*, Batoche Books, Ontario (Canadá), 2000 http://www.ecn.bris.ac.uk/het/bluntschli/TheState.pdf

[8] Astola Madariaga, Jasone, "La reforma de la Constitución española desde una perspectiva de género", Roura, Santiago y Tajadura, Javier (eds.) *La reforma Constitucional*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 528.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

los hombres, sino entre nosotras, porque lo contrario de la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad.

Todas estas cuestiones deberían acaparar la atención de todos los operadores jurídicos si se pretende la consecución de una sociedad justa, puesto que la plena ciudadanía exige igualdad en derechos, idénticas posibilidades de participación social y la misma capacidad de participar en las decisiones políticas, las cuales, tienen a su vez efectos para ambos sexos, y estos presupuestos siguen sin cumplirse para las mujeres incluso en las sociedades de bienestar más consolidadas pese al constitucional y unánime reconocimiento de la igualdad y su reforzada tutela. Mientras no se supere este muro jurídico, las mujeres no serán ciudadanas, si por tal se entiende aquellos sujetos en el ejercicio completo de sus derechos políticos, económicos y civiles. En algunos aspectos se asemeja al falso universalismo de las normas y de los derechos existentes en la "Ilustración", aunque morigeradas en gran medida. Ello se ve agravado por el hecho de que *la discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, las más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido, la que afecta al mayor número de personas y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones.*

Es necesario superar la brecha entre la existencia de derechos y su ejercicio, pues no basta sólo con la fijación de normas y procedimientos jurídicos apropiados, sino que se requiere de una ciudadanía informada con conocimiento y conciencia de sus derechos, apoyada por una institucionalidad que responda frente a la transgresión de los mismos, y que exija su cumplimiento. Es decir, *hay que dar la estructura jurídica adecuada a aquello que decide formalizarse. Y ello porque, de otra forma, la mera complacencia ante legítimas reivindicaciones que, a menudo, los poderes constituyentes tienen, puede suscitar entusiasmos que pronto se vean frustrados.*[9]

II. El concepto de "Feminismo" y la diferencia entre "Sexo" y "Género".

El Feminismo[10] es toda teoría, pensamiento y práctica social, política y jurídica que tiene por objetivo hacer evidente y terminar con la situación de opresión que soportan las mujeres y lograr así una sociedad más justa que reconozca y garantice la igualdad plena y efectiva de todos los seres

[9] Pérez Tremps, Pablo: "Constitución y Derechos de la Mujer", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 14-15, 1996-1997, p. 255.

[10] La jurista Alda Facio denomina "Feminismo con "F" mayúscula" al conjunto de feminismos. Facio, Alda, "Hacia otra Teoría Crítica del Derecho" Fries, Lorena y Facio, Alda (Comp.) *Género y Derecho,* La Morada, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 1999, p. 202.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

humanos.[11] En otras palabras, es un movimiento heterogéneo, integrado por una pluralidad de planteamientos, enfoques y propuestas, pero con la coincidencia de pretender la igualdad entre los sexos.

La palabra "sexo" generalmente se usa para hacer alusión a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos y fisiológicos entre los seres humanos. El sexo, como parámetro para crear categorías, distingue entre hombres y mujeres, entre machos y hembras de la especie humana. "Género" se refiere, sin embargo, a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo, diferencias por tanto de origen social, educativo, cultural, etc. En síntesis se podría definir como la construcción socio-cultural de esa diferencia. Los atributos de género son, entonces, femeninos o masculinos, y esa construcción (el género) *no es inocente ni neutral, sino que obedece a unos determinados intereses estructurales.*[12]

Entre otros, se consideran atributos femeninos la delicadeza en los comportamientos, la no violencia, la inclinación por el cuidado de otros, la inclinación por las tareas domésticas y manuales, la menor capacidad de abstracción, etc. Como masculino, por oposición, se considera la brusquedad en las actuaciones, la violencia, el egoísmo, la competitividad, una mayor capacidad de abstracción, etc. De esta manera una cosa son las diferencias biológicamente dadas y otra la significación que culturalmente se asigna a esas diferencias.[13]

[11] De forma similar, la jurista costarricense define el movimiento feminista como "el conjunto de los movimientos y grupos sociales que desde distintas corrientes del feminismo luchan por el fin del patriarcado" (*Ibíd.*, p. 201). Para el profesor estadounidense Owen M. Fiss es "el conjunto de creencias e ideas que pertenecen al amplio movimiento social y político que busca alcanzar una mayor igualdad para las mujeres" (Fiss, Owen M., "¿Qué es el feminismo?", *Doxa*, num. 14, 1993, p. 1). Y en palabras de Carme Castells es "lo relativo a todas aquellas personas y grupos, reflexiones y actuaciones orientadas a acabar con la subordinación, desigualdad y opresión de las mujeres y lograr, por tanto, su emancipación y la construcción de una sociedad en la que no tengan cabida las discriminaciones por razón de sexo y género", Castells, Carme (Comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 10.

[12] Sánchez Díaz, Pilar, "El trabajo en RENFE: un análisis de género", *Sociología del Trabajo,* vol. 50, 2003-2004, p. 61.

[13] Alguna autora ha propuesto al respecto, tres modelos: 1) el primero consistiría en la identidad sexo y género (el cual considera falso y superado) consistente en la interpretación de que a cada sexo le correspondía por necesidades biológicas unas funciones sociales, invariables a lo largo de la historia. A esto se añadía la justificación biológica y cultural de la subordinación de la mujer al hombre; 2) el segundo modelo lo denomina "independencia entre sexo y género. Equiparación asimilacionista" que según la autora surge a raíz de las reivindicaciones de los primeros movimientos feministas de los sesenta. Reclamaban la independencia de la mujer con respecto al varón, entendiendo ahora su situación como la

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El concepto de género *se introdujo en la teorización feminista en los años setenta* (1970),[14] aunque sexólogos, psicólogos y médicos americanos ya lo habían utilizado en los años cincuenta (1950) con la intención de distinguir el sexo anatómico del género social, y solucionar así las dificultades conceptuales y terminológicas que planteaban los intersexos, transexuales y homosexuales cuyo sexo biológico era ambiguo al nacimiento, o no coincidía con su identidad sexual deseada u orientación sexual. Verena Stolke ha afirmado que son las feministas Kate Millet y Germaine Greer las primeras en emplear la noción psicoanalítica de género social en sus críticas políticas de las doctrinas bio-ideológicas occidentales acerca de la subordinación de las mujeres, quienes a su vez citan la obra del psicoanalista estadounidense Robert Stoller, "Sex and Gender" del año 1968, como fuente del término "gender".[15]

---

de igualdad sin diferencia. Ser iguales significaba ocupar los lugares que en el mundo público sólo habían pertenecido a los hombres, es decir, suplantarles adoptando sus maneras, imitando los modos masculinos (como se apreciaba incluso en la moda unisex). Se produce así una paradoja; la mujer imita al hombre, queriendo a su vez liberarse de lo femenino. La igualdad se entiende en términos de una equiparación varón-mujer en términos asimilacionistas, significa homogeneidad, y la legislación no debe hacer ninguna distinción basada en la diferencia sexual; 3) el tercer modelo consistiría en la "relación entre sexo y género, pero no identidad. Interdependencia-corresponsabilidad", donde se entiende que la perspectiva de género es adecuada para describir los aspectos culturales que rodean a la construcción de las funciones del hombre y la mujer en el contexto social. Si los sexos son necesariamente varón o mujer, afirma la autora, las funciones atribuidas culturalmente a cada sexo pueden ser en algunos aspectos intercambiables. El género en alguna de sus dimensiones se fundamenta en el sexo biológico, pero otras muchas de las funciones o del reparto de las tareas consideradas en una época u otra propias de lo femenino o de lo masculino son algo absolutamente aleatorio y que no tienen ninguna base biológica. Dependen en este caso de los estereotipos formados por el grupo social, por las costumbres o por la educación. Este tercer modelo propugna la interdependencia entre los distintos sexos: una igualdad en la diferencia. Reivindica que los dos sexos deben estar simultáneamente presentes en el mundo de lo privado y de lo público: Elósegui Itxaso, María, *Diez temas de género, Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos*, Ediciones Internacionales Universitarias (EIUNSA), Madrid, 2002, pp. 43-92 y Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres, Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad de Zaragoza, Madrid, 2003, pp. 23-32. También se han propuesto numerosos modelos o tipologías de feminismo que no son coincidentes en todos los autores. A título ejemplificativo: Suérez Llanos, María Leonor, *Teoría Feminista, Política y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002, especialmente pp. 63-108 o Amorós, Celia, *Historia de la Teoría Feminista*, Comunidad, Madrid, 1994; y, Amorós, Celia, *Teoría Feminista: de la Ilustración a la globalización*, Minerva, Madrid, 2005.

[14] Tubert, Silvia, *Del sexo al género: Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid, 2003, p. 7.

[15] Stolke, Verena, "La mujer es puro cuento: la cultura del género", *Estudos Feministas*, Florianópolis, vol. 12 (2), maio-agosto, 2004, pp. 77, 84, 85 y 86. Esta autora señala que

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

No obstante, ha de señalarse que quizás esta idea ya fue una intuición esbozada en la expresión de que "no se nace, sino que se deviene mujer" que Simone de Beauvoir había expresado ya en 1949 en su clásica obra titulada "el segundo sexo".[16] La palabra *gender* se ha traducido al español como género, y el problema es que en ocasiones se utiliza como sinónimo de sexo y en otras como sinónimo de mujeres. Incluso, en ocasiones existen dudas acerca de la utilización de la expresión "discriminación por razón de sexo o de género" en determinados contextos.

Es cierto que siguen apreciándose ciertos problemas terminológicos, por cuanto el género erróneamente se traduce en muchas ocasiones como sinónimo de sexo, pero también como sinónimo de mujeres. No obstante, igual o más importante me resulta el hecho de que incluso teorías como las del *feminismo de la diferencia se ha convertido en el feminismo de la uniformidad: decir que las mujeres difieren de los hombres en tales y cuales aspectos equivale a afirmar que las mujeres son de tal y cual modo. Inevitablemente, una caracterización de la naturaleza o la esencia de las mujeres, aun cuando se la describa como una naturaleza o esencia construida, tiende a reflejar la perspectiva de quien realiza la caracterización.*[17] No hemos de eliminar el término género, sino de no generalizarlo sustituyendo a "sexo". En este sentido, algún autor ha señalado que *es necesario luchar contra todo tipo de discriminación sexista, cuyo origen sería el dualismo entendido como si el varón fuese* "res cogitans"*, y la mujer tan sólo* "res extensa"*. Hoy se sabe que el género no procede directamente del sexo.*[18]

De otro modo, se nacería con un sexo y se crecería con un género, o existiría una nueva masculinidad y femineidad dependiente de la sociedad. Podríamos incluso comprobar que muchos médicos y científicos como Marañón en España, Freud, etc., partiendo del sexo habían creado estereotipos que definían a la mujer como poseedora de unas "cualidades", mejor dicho caracteres diferenciados del hombre, hoy plenamente rebatidos por la ciencia. Quizás por ello tenga razón Buttler cuando efectúa una reconstrucción de la dicotomía sexo/género, mostrando cómo el sexo es ya una

tomó prestado este irónico título precisamente de uno de los libros de la antropóloga y lingüista nicaragüense Milagros Palma titulado "La mujer es puro cuento", una recopilación de mitos que son una muestra clara de la forma de perpetuarse el poder masculino a través de la transmisión de valores e imágenes que hacen de ella una creación puramente arbitraria. La obra citada: Stoller, Robert Jesse, *Sex and Gender*, Science House, New York, 1968.

[16] Beauvoir, Simone, *El segundo sexo*, Cátedra, Madrid, 1990.

[17] Tubert, Silvia, *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid, 2003, p. 20.

[18] Ballesteros, Jesus, *Ecologismo personalista*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 103.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

construcción social que, por tanto, ha sido género todo el tiempo.[19] Habría que preguntarse entonces ¿por qué le llaman género cuando quieren decir sexo?[20]

En ese sentido, nos deberíamos preguntar qué ocurre con aquellas personas que por ejemplo tienen un cuerpo de hombre y se sienten como mujeres, el fenómeno transexual en general, en donde las supuestas características de sexo (femenino o masculino) y género no son correspondidas. La *drag* se siente más mujer que las propias mujeres, y reproduce la categoría de mujer tan fielmente, tanto, que no deja de desplazarla, puesto que existe un "fallo" en su cuerpo, en el que no dejan de recordarse atributos de hombre. El hecho de que, sin embargo, se pueda interpretar tan fielmente la categoría de mujer no deja de sugerirnos, que quizás ser mujer sea tan sólo una máscara, y es que necesitamos performar continuamente (representar, interpretar) nuestras categorías sexo/género. Pero, a veces sin querer, al repetir lo que hemos aprendido que hay que hacer, metemos la pata y subvertimos, y otras nos ganamos el apodo de marimacho o maricón. Quizás por ello también debiera ya caer de una vez por todas la concepción, entre muchas otras, de que como asegura Verdi en su Rigoletto, *la donna é mobile cual piuma al viento*. Incluso que necesitamos del "otro" para sentirnos mujer, como muchas veces habremos tarareado inconscientemente, con una canción de Aretha Franklin: "You make me feel like a natural woman".

Incluso, podemos ver que muchas personas son víctimas de acoso moral (o *mobbing*) por razón de género,[21] un tipo de acoso en el que el acosador agrede a razón de los estereotipos sociales asociados al sexo de la víctima (en este caso al sexo femenino, que es el más atacado). Un ejemplo podría constituirlo la situación en la que se encontró una Cabo Militar del Ejército de Tierra español: su superior, un Comandante, hizo lo posible, a pesar de su brillante historial profesional (así definido expresamente por los Tribunales) con varios premios, para que no promocionara de categoría. El referido Comandante la llamaba despectivamente, por su natural aspecto físico de embarazada, "albóndiga", "albondiguilla", o le obligaba a desempeñar

[19] Buttler, Judith, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, México, 2001.

[20] Este es el caso del propio título de: Gil Rodríguez, Eva Patricia, "¿Por qué le llaman género cuando quieren decir sexo?: Una aproximación a la teoría de la performatividad de Judith Butler", *Atenea Digital*, vol. 2, 2002.

[21] Lousada Arochena, Jose Fernando, *El acoso moral por razón de género*, Aranzadi Social núm. 15.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tarea contraindicadas para su estado, por el mero hecho de estar embarazada y al mismo tiempo realizar su trabajo en las Fuerzas Armadas.

Asimismo, podemos reflexionar sobre el hecho unánimemente compartido y estudiado por muchos lingüistas de que en las sociedades en las que se establece una diferencia social entre los sexos, existan también divergencias estructurales y de uso entre la manera de hablar de las mujeres y la de los varones, es decir, que exista "sexismo lingüístico" e incluso, lo que podríamos denominar "sexolectos".[22] Por esta razón, en las sociedades patriarcales la óptica es marcadamente masculina, la medida de todas las cosas se toma de los varones, lo que comúnmente se conoce como androcentrismo. Y el español es susceptible de ello dadas sus raíces latinas, y porque nuestra cultura occidental tiene además como pilares fundamentales las tradiciones judeocristiana y grecolatina que en tantas ocasiones se han mostrado con tintes machistas. También, por el mero hecho de que el patriarcado[23] ha sido el sistema de dominación más universal, por más antiguo en el tiempo y más extendido en el espacio. Ello podemos comprobarlo por ejemplo, con la palabra "hombre" y "hombres" que, utilizadas con un sentido universal, han establecido el uso del género masculino como genérico.[24] En su

[22] Como ejemplos, podríamos citar el "nushu", sistema de escritura que desde hace más de mil años han utilizado las mujeres chinas para entenderse entre ellas y que resulta críptico a los varones: Aznárez, Juan Jesus, "Secretos de alcoba. Una caligrafía secreta de 2000 caracteres preservó la intimidad de las mujeres chinas", *El País*, suplemento Babelia, 22 febrero 1992, p. 7. En turco, el uso de las vocales es distinto si quien habla es mujer o varón; las nativas abipone acostumbran a inventar expresiones que sus compañeros del sexo masculino no entienden; en el pueblo dogon de Mali, ambos sexos utilizan dialectos distintos: Calame Griaule, Geneviève, *Etnología y lenguaje. La palabra del pueblo Dogon*, Madrid, Editora Nacional, 1982. Entre los eipos de Nueva Guinea, a causa de la exogamia femenina, las mujeres educan a sus hijas en su lengua vernácula, en tanto que sus hijos aprenden la lengua del padre, -la de la comunidad a la que pertenece la familia-. ("Feminolecto": variedad lingüística de las mujeres; "Masculinolecto": variedad lingüística de los varones): Calero Fernández, María Ángeles, *Sexismo lingüístico. Análisis y propuestas ante la discriminación sexual en el lenguaje*, Ediciones Narcea, Madrid, 1999, p. 72.

[23] La palabra patriarcado se entiende como estructura política y social que valora a los hombres más que a las mujeres. Quiero no obstante expresar mi idea de que en muchas ocasiones las exigencias del patriarcado son tan fuertes para la construcción de lo femenino como para la construcción de lo masculino. Asimismo la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres exige cambios tanto para hombres como para mujeres. Sobre estas cuestiones resulta muy interesante la obra: Amorós, Celia, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos, Barcelona, 1985.

[24] La palabra "hombre", en su sentido etimológico significa "persona". Al respecto, cabe señalarse que el latín poseía términos distintos para referirse al ser humano en general (homo) y al ser humano según su sexo (vir, mulier). En la evolución del latín al español, el término hombre (del acusativo hominem), además de conservar su significado primigenio, absorbió el de vir (varón): Calero Fernández, María Ángeles, *Sexismo lingüístico. Análisis y*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

lugar, podría haberse utilizado el de "ser humano" o "seres humanos". Y las Constituciones están plagadas de esta retórica que no ha escapado al bies del sexismo.

III. Teorías Feministas

1. *Los orígenes de las vindicaciones feministas: las ilustradas, ideal de protesta y de intención emancipadora.*

Como hemos afirmado en una sección anterior, el Feminismo es toda teoría, pensamiento y práctica social, política y jurídica que tiene por objetivo hacer evidente y terminar con la situación de opresión que soportan las mujeres y lograr así una sociedad más justa que reconozca y garantice la igualdad plena y efectiva de todos los seres humanos.

La afirmación de que el Feminismo tiene su origen en el Siglo de las Luces, no implica que antes de ese período no se plantearan discursos a favor de la igualdad entre los sexos. En este sentido, Celia Amorós[25] distingue entre dos tipos de discursos sobre las mujeres: por un lado, el memorial de agravios,[26] que son relatos que recogen las protestas de mujeres ante su situación pero que no cuestionan las relaciones de poder entre mujeres y hombres y, por otra parte, el discurso de la vindicación, que es el que da lugar a la construcción de un ideal programático emancipatorio. En cuanto al discurso de la vindicación ilustrado, debemos destacar como precursor al filósofo francés Poulain De La Barre, que publica *De l´egalité des deux sexes* y *La educación de las damas* en 1673 y 1674 respectivamente, libros en los que critica la desigualdad entre mujeres y hombres y propone la educación de

propuestas ante la discriminación sexual en el lenguaje, Ediciones Narcea, Madrid, 1999, p. 31. Sobre estas cuestiones, es interesante la obra: García Meseguer, Álvaro, *¿Es sexista la lengua española? Una investigación sobre el género gramatical*, Paidós, Barcelona, 1996. No debe olvidarse que han sido las academias las que han autorizado el uso de un lenguaje "de género" haciendo del masculino el genérico, quizás tenga algo que ver el escaso número de mujeres que pertenecen a las academias: García De León Álvarez, María Antonia, *La excelencia científica. Hombres y mujeres en las Reales Academias*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2005.

[25] Amorós, Celia, *Tiempo de feminismo, Cátedra, Feminismos,* Madrid, 1997.

[26] En el memorial de agravios podemos incluir, a modo de ejemplo, la obra de la italiana Christine de Pizan (1364-1430) "La ciudad de las damas", en la que la autora crea una ciudad utópica donde las mujeres agraviadas tienen la autoridad: De Pisan, Christine, *La ciudad de las damas*, Siruela, 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

las mujeres como remedio a la desigualdad y como parte del camino hacia el progreso.

Y es que, sólo el término "igualdad" comenzaría a cobrar una especial relevancia con la reivindicación de los revolucionarios burgueses del siglo XVIII que se propusieron terminar con el sistema de inmunidades y privilegios propios del mundo feudal y del Antiguo Régimen y que *hicieron del principio igualitario junto a la libertad y la fraternidad sus señas de identidad.*[27] Por ello, algún autor ha afirmado que en síntesis, la inspiración igualitaria únicamente brota con verdadera fuerza en la tradición ilustrada del Siglo de las Luces, aunque lo hace *como un ideal de protesta y de intención emancipadora.*[28]

Así, fue enfáticamente proclamado por la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, aunque se compatibilizaba con el mantenimiento de la esclavitud hasta la finalización de la guerra de Secesión casi un siglo después de modo que los negros no quedaban incluidos en los conceptos de "hombres" e "iguales". Del mismo modo, el principio de igualdad fue enarbolado también por los revolucionarios franceses en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aunque coexistía con el voto censitario, entre cuyos excluidos se encontraban las mujeres que tampoco en este caso habían sido incluidas en el genérico y absorbente concepto de "hombre".

En ambos casos, el principio de igualdad quedaba subsumido en el principio de legalidad, de modo tal que habían de considerarse iguales tan sólo aquellos a quienes la Ley considerara como tales, y diferentes aquellos otros a quienes la Ley diferenciara. Es por ello que esta *igualdad que construye es una igualdad artificial, formal, que rápidamente se desvela un instrumento insuficiente para generar cambios sociales,*[29] e incluso una igualdad en parte incumplida, cuya breve muestra ya ha sido señalada. El propio Diderot en su artículo *citoyen* de la Enciclopedia, daba por sentado que sólo el varón cabeza de familia tenía derecho a una ciudadanía plena; el estatus de las mujeres, al igual que el de los niños y el servicio doméstico, era el de "miembros de la familia de un ciudadano propiamente considerado" y, por tanto, no eran verdaderas ciudadanas.[30]

[27] Rubio, Ana, *Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?, op. cit.*, p. 259.

[28] Vargas Machuca Ortega, Ramon, "Democracia e Igualdad", Varcárcel, Amelia, *El concepto de igualdad*, *op. cit.*, p. 49.

[29] Rubio, Ana, *Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?, op. cit.*, p. 260.

[30] Munck, Thomas, *Historia social de la Ilustración*, Trad. Castellana de Gonzalo G. Djembé, Crítica, Barcelona, 2001, p. 296 y artículo *Citoyen* de la Encyclopédie, vol. 3 (1753), p. 488.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Frente a esta preterición que no sólo se centraba en la participación en la vida política, pues las mujeres también eran excluidas en la modernidad de la vida económica y cultural, fueron inicuas las anticipadas proclamaciones del señalado racionalista Poullain De La Barre en el último tercio del silgo XVII o las realizadas por otros autores ya vinculados al movimiento revolucionario francés como Olympe De Gouges, Condorcet, o incluso respecto al inglés cuyo ejemplo más significativo se encuentra en la figura de la contemporánea Mary Wollstonecraft. La consideración de sus proclamaciones reivindicando tales derechos para las mujeres, habría supuesto una mayor aproximación a una verdadera generalidad de los destinatarios titulares de éstos que, como hemos visto, no se correspondía sin embargo con la realidad y sobre los que en páginas posteriores añadiremos alguna de sus aportaciones.

Existe pues, una verdadera contradicción en el concepto ilustrado de igualdad: nace con pretensión de universalidad pero de hecho se queda particular y excluyente. Una sutil forma de dominación que afectaría a la mujer, a ciertas razas y a otros grupos sociales marginados o minoritarios poniendo un freno insalvable de momento a las pretensiones universales de la igualdad formal, que parecía ser a lo que se aspiraba. De este modo, si la idea de igualdad es filosófica e históricamente muy anterior al advenimiento del Estado de Derecho, jurídicamente su prosperidad no se produce hasta que el principio del Estado de Derecho se asienta en el primer constitucionalismo.[31]

Sin embargo, el panorama que ofrece el constitucionalismo occidental a lo largo del s. XIX no aporta ninguna novedad significativa en la compren-

[31] En la actualidad, "se podría pensar que corren malos tiempos para el Estado de Derecho. Esos malos tiempos estarían determinados por varios elementos, entre los que en este momento podríamos destacar dos, aparentemente vinculados entre sí: la crisis de la ley y el desarrollo del Estado constitucional y del constitucionalismo (crisis de la ley sin significar la crisis de las exigencias de la idea de imperio de la ley entendida como Imperio del derecho)". No obstante, propone la idea según la cual lo que ocurre en el Estado Constitucional es una evolución, transformación de elementos y estructuras internas del propio Estado de Derecho como consecuencia, entre otros factores, del progresivo protagonismo de la Constitución: Ansuátegui Roig, Francisco Javier, "Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado Constitucional", Zapatero, Virgilio, *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá, Tomo I, 2002, pp. 255-272. Es muy posible que en la mencionada visión del Estado de Derecho tenga mucho que ver con lo que han considerado como uno de los Talones de Aquiles del a democracia española; el Poder Judicial, por ser uno de los poderes más cuestionados en la actualidad: Rodríguez Gonzáles, Juan, "De verdad, ¿hacia la justicia?", en Zapatero, *Horizontes de la Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, Tomo I, pp. 217-236.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sión del principio de igualdad ante la ley.[32] El verdadero cambio de orientación, en lo que a la Europa continental se refiere, comenzará a gestarse especialmente como consecuencia de la determinante Constitución de Weimar que propiciará el inicio de la reflexión intelectual que finalmente habría de conducir a un giro radical, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial. Ello está especialmente relacionado con la creciente importancia que cobra el denominado Estado de Bienestar y las políticas que comienzan a considerar la necesidad de los derechos sociales,[33] lo que se tradujo también en una nueva interpretación de la igualdad como igualdad material, y porque *desde la génesis del constitucionalismo moderno, su presencia ha sido una cita obligada en las Leyes básicas de los sistemas políticos democráticos.*[34]

La exclusión de las mujeres de la participación en la vida política fue defendida por autores tan representativos de la modernidad como Kant, Rousseau o Hegel. Este último, negaba la posibilidad de acceso de las mujeres al Estado, a la ciencia, etc., atribuyendo dicha posibilidad en exclusiva al hombre al ser quien, a su juicio, representaba la universalidad y objetividad de la razón, reduciendo el puesto de la misma al ámbito de la familia. "*Las mujeres no están hechas para las ciencias más elevadas.*(...) *El Estado correría peligro si hubiera mujeres a la cabeza del gobierno, porque no actúan según exigencias de la universalidad, sino siguiendo opiniones e inclinaciones contingentes*".[35]

Por su parte, Kant había distinguido dentro de los ciudadanos pasivos a los no-propietarios, que carecían de la cualidad social para ser ciudadanos

[32] Existen no obstante algunos autores como John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill de gran importancia para el movimiento feminista. Las conocidas obras de "Ensayos sobre la igualdad sexual" o "el sometimiento de la mujer", entre muchas otras, de Stuart Mill, constituyeron un elemento clave de la expansión e internalización del movimiento sufragista. Consideraba que la desigualdad entre los sexos había privado a la sociedad de una gran reserva de talento, por lo que si las mujeres disfrutaran del "libre uso de sus facultades" así como de "las mismas recompensas y estímulos" que los hombres, se duplicaría "la masa de facultades mentales disponibles al servicio más elevado de la humanidad": Mill John Stuart, *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Cátedra, 2001. Incluso, importantes teóricos como David Held, han tenido en cuenta los planteamientos de este autor dentro la tradición liberal: Held, David, *Modelos de Democracia*, Alianza Ensayo, Madrid, 1996, especialmente pp. 134 y ss.

[33] Sobre el Estado de Bienestar no puede dejarse de citar a Hermann Héller y sus obras: "Escritos políticos", "Teoría del Estado", "Las ideas políticas contemporáneas": Heller, Hermann, *Las ideas políticas contemporáneas*, Comares, Granada, 2004; *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998; *Escritos Políticos*, Alianza, Madrid, 1985.

[34] Perez Luño, Antonio Enrique, *Sobre la igualdad en la Constitución española*, *op. cit.*, p.133.

[35] Hegel, Georg Wilhelm, *Principios de la Filosofía del Derecho*, Edhasa, Barcelona, 1999, parágrafo 166, pp. 286 y 287. Como justificación, aduce la "Antígona de Sófocles", en donde la piedad ha sido expuesta fundamentalmente como la ley de la mujer como la ley de la sustancialidad subjetiva sensible, de la interioridad que aún no ha alcanzado su perfecta realización (...) y que se opone a la ley manifiesta, a la ley del Estado.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

activos, es decir, para ser autosuficientes y poder desarrollar alguna función en el Estado, de las mujeres y los niños, que estarían desprovistos de la cualidad natural para serlo.[36] En la propia cultura Europea del siglo XIX se dieron los fundamentos teóricos del "racismo" en el que autores como Gustav Klem dividió la humanidad en razas activas y pasivas; la primera era viril y masculina, mientras que la segunda era femenina y pasiva. Más tarde, el tema fue popularizado por la obra "Sexo y carácter" en el año 1903 perteneciente a Otto Wininger, en el que se decía que los judíos eran una raza pasiva y femenina, mientras que los arios eran creadores y masculinos, libro que a la postre se convertiría en un elemento básico de la literatura racista posterior.[37]

La idea kantiana de que las mujeres carecían de la capacidad para ser ciudadanos activos fue compartida por Rousseau, quien además basará esta diferencia entre ambos sexos en que al ser la propia naturaleza la que la establece, por eso mismo, también la considera inmodificable al afirmar que es *la dependencia, el estado natural de las mujeres.*[38] En su teoría de "El Contrato Social", concretó que el fin de todo sistema legislativo se reduce a dos objetivos principales: la libertad y la igualdad. La primera, porque toda dependencia particular es fuerza quitada al cuerpo del Estado y la igualdad porque la libertad no puede subsistir sin ella, asentando así su modelo de sociedad en un contrato social mediante el cual cada uno enajena su libertad individual con el fin de obtener la igualdad social.[39]

Pues bien, aceptando su teoría del contrato, Mary Wollstonecraft, coetánea al autor ginebrino, realizó una de las más férreas oposiciones a esta obra. La importancia de su crítica radicó en el análisis que efectuó de las contradicciones existentes en "El Contrato Social" al haber excluido a las mujeres del mismo. Para ello, esta autora utilizó numerosos argumentos dirigidos a demostrar que el hombre y la mujer comparten el don de la

[36] En un interesante trabajo titulado "Por una Ilustración feminista", Adela Cortina sugiere, apoyándose sobre todo en los análisis kantianos en las Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime considerados además a la luz de la Crítica del Juicio estético, que en la base de la discriminación jurídico-política de las mujeres en el pensamiento de Kant, se encuentra la inconfesada convicción de que las mujeres son realmente incapaces de vida moral: Cortina, Adela, "Por una Ilustración feminista", *Leviatán*, núm. 35, 1989 , p. 105.

[37] Mosse, George Lachmann, *La cultura europea del siglo XIX*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 110.

[38] Rousseau, Jean Jacques, *Emilio o de la educación*, Biblioteca Edad, Madrid, 1996. Sobre este autor: Cobo Bedia, Ros, *Democracia y patriarcado en Jean Jacques Rousseau*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993; *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Cátedra, Madrid, 1995.

[39] Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Austral, Madrid, 1990, cap. XI, p. 83.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

razón, atribuyendo así la inferioridad de la mujer a los prejuicios transmitidos a través de la educación de la época.[40]

Si resulta paradójico que en el Estado liberal burgués de Derecho se haya excluido a las mujeres del ámbito de lo "público" junto a los trabajadores y campesinos, esto es, a los varones no autosuficientes incluso por parte de muchos autores de las "Luces" como hemos visto, y ello pese a las intensas reivindicaciones a favor de la igualdad, más paradójico quizás resulte todavía el hecho de que el desarrollo del principio democrático a partir de las Revoluciones liberales, no haya podido extenderse a las mujeres. Una explicación puede ser que, *a diferencia del conflicto de clase, las transformaciones de las relaciones entre los sexos no sólo afectan al sistema político o económico, sino también al ámbito nuclear y privado del espacio interior de la pequeña familia.*[41]

Es decir, tal preterición de la mujer no sólo se centraba en la participación en la vida política, pues las mujeres también eran excluidas en la modernidad, de la vida económica y cultural. Frente a ello, fueron inicuas las anticipadas proclamaciones como la del racionalista Poullain De La Barre[42] en el último tercio del siglo XVII o las realizadas por otros autores vinculados al movimiento revolucionario francés como Olympe De Gouges, Condorcet, o incluso respecto al inglés, cuyo ejemplo más significativo se encuentra en la figura de la contemporánea Mary Wollstonecraft. La consideración de sus proclamaciones reivindicando tales derechos para las mujeres, habría supuesto una mayor aproximación a una verdadera generalidad de los destinatarios titulares de éstos que, como hemos visto, no se correspondía sin embargo con la realidad.[43] De este modo, aunque las pri-

[40] Wollstonecraft, Mary, *Vindicación de los derechos de la Mujer*, Debate, Barcelona, 1998.

[41] Rey Martínez, Fernando, "La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 47, 1996, p. 309 citando el prefacio a la última edición alemana de 1990, de su Historia y crítica de la opinión pública.

[42] Sobre este autor resulta interesante la obra: De La Barre, Poullain, *De la educación de las Damas para la formación del espíritu en las ciencias y en las costumbres*, Ediciones Cátedra, colección feminismos, Universitàt de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993.

[43] Fernández Ruiz-Galvez, María Encarnacion, "'Precursores'" en la defensa de los derechos de las mujeres", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1991, p. 415. También vid.: Martín Gamero, Amalia, *Antología del feminismo. Introducción y comentarios*, Madrid, Alianza Editorial, 1975, pp. 16-17, 41-48 y 243-245. Olympe De Gouges escribió su "Declaración de los Derechos de la Mujer" (1791). De esta manera, cuando la Declaración de Derechos del Hombre se convirtió en Preámbulo respecto de la Constitución de 1791, esta mujer, planteó su declaración en respuesta a las lagunas que la misma presentaba, con el mismo estilo, y corrigiendo sus debilidades y en ella se exige la igualdad de derechos y deberes para las mujeres ante la ley y en cualquier circunstancia de la vida pública o privada. Mary

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

meras reivindicaciones de los derechos de las mujeres se sitúan en el contexto del movimiento ilustrado, e incluso en el marco de la Revolución francesa que clavó en su mástil la consigna *liberté, égalité, fraternité, la Ilustración no cumplió sus promesas en lo que a la mujer se refiere, quedando lo femenino como aquel reducto que las Luces no supieron o no quisieron iluminar.*[44] En efecto, *en aquella Francia revolucionaria, la República estaba dispuesta a agradecer y a condecorar a las mujeres por los servicios prestados, pero no estaba dispuesta a reconocerles otra función que la de madres y esposas (de los ciudadanos).*[45] Tal vez por esta razón, Bluntschli, en el siglo XIX, ha señalado que la expresión francesa "l'état c'est l'homme" no sólo expresa que el Estado es el hombre, sino que indica que el Estado representa la naturaleza masculina.[46]

No obstante, una vez que las mujeres habían sentado el precedente de iniciar un movimiento popular armado, no iban a cejar en su afán de no ser retiradas de la vida política. Cuando las mujeres quedaron excluidas de la reunión de los tres estados para redactar y presentar sus quejas al rey comenzaron a redactar sus propios *cahiers de doléance*, auto denominándose

Wollstonecraft, mediante su obra "Vindicación de los derechos de la mujer" en el que reclama igualdad política y civil para las mujeres.

[44] Molina Petit, Cristina, "El feminismo en la crisis del proyecto ilustrado", *Sistema*, vol. 99, 1990, p. 135. Sobre estas cuestiones resulta muy interesante la lectura de: Molina Petit, Cristina, *Dialéctica feminista de la Ilustración*, Anthropos, Madrid, 1994; Puleo, Alicia, *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII. Condorcet, De Gouges, De Lambert y otros*, Anthropos, Madrid, 1993; Puleo, Alicia, *Figuras del otro en la Ilustración francesa. Diderot y otros autores*, Escuela Libre Editorial, Fundación ONCE, Madrid, 1996. La ilustración no cumplió las expectativas de las mujeres precisamente en un siglo fecundo por definición: Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 289.

[45] Astola Madariaga, Jasone, "La reforma de la Constitución española desde una perspectiva de género", Roura, Santiago y Tajadura, Javier, *La reforma Constitucional,* Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 538.

[46] "The French expresión l'état c'est l'homme, does not merely signify 'the state is Man in general', but 'the State is the man, the husband in general'", Bluntschli, Johann Kaspar, *The Theory of State*, *op. cit.*, p. 29. En ese sentido, y trasladándolo al siglo XX, Lucas Verdú considera que el Estado y su ordenamiento jurídico son predominantemente masculinos, precisando que dicha masculinidad no ha de entenderse en el sentido organicista obsoleto del siglo pasado, sino con el alcance de superioridad manifiesta que los varones han tenido en la creación, configuración, articulación y dinámica de las estructuras jurídico-políticas, superioridad que en gran parte conservan todavía. Además, le parece significativo que la mitología hubiese atribuido la fundación de estructuras políticas como la polis y la civitas a Teseo en Atica y a Rómulo en Roma, y que el propio hallazgo semántico del término Estado, aunque para su introductor, Maquiavelo, fuese un tecnicismo neutro, revela en sus traducciones a las principales lenguas europeas su masculinidad: Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 331, 333 y 334.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

"el tercer Estado del tercer Estado". Pero esta actividad política fue detenida. Los clubes de mujeres fueron cerrados por los jacobinos en 1793, y en 1794 se prohibió explícitamente la presencia de mujeres en cualquier tipo de actividad política y aquellas que tuvieron una participación política significativa, del signo ideológico que fuese, compartieron el mismo final: la guillotina o el exilio (un ejemplo ha sido Olympe de Gouges, que compartió con la Reina María Antonia la misma suerte: la guillotina). Así pues, las mujeres no podían subir a la tribuna, pero sí al cadalso. De hecho, la prensa revolucionaria de la época explica claramente que se persigue a las mujeres que quieren ser "hombres de Estado", transgrediendo las leyes de la naturaleza y abjurando de su destino de madres y esposas. El nuevo código civil napoleónico de 1804, cuya influencia ha llegado prácticamente hasta nuestros días, se encargó de hacer ley positiva dicha "ley natural", consolidando conquistas revolucionarias de los hombres y condenando a las mujeres a la incapacidad legal.[47]

Ello no obstante, no era poco en una Europa inmersa todavía en las estructuras estamentales del Antiguo Régimen, pero estas situaciones resultan hoy incompatibles con este principio considerado mandato ineludible de todas aquellas constituciones que se definan como democráticas. Su cumplimiento es presupuesto necesario para el normal funcionamiento del Estado de Derecho e incluso ha venido considerándose como *principio estructural del Derecho Internacional, de los Derechos Humanos y que forma parte del* ius cogens *Internacional*, de modo que el mismo ha ido recogiéndose en expresiones de Declaraciones, Pactos, Convenciones, Convenios y documentos constitucionales, aunque no es sino hasta las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cuando este principio se ha generalizado.

2. *Las sufragistas: la lucha por el reconocimiento de la ciudadanía a las mujeres.*

Con la obra *Vindicación de los Derechos de la Mujer* de Mary Wollstonecraft[48] se cierra el periodo de reivindicación ilustrada y se inicia el camino del Feminismo del siglo XIX.[49] Esa segunda ola,[50] que abarca el siglo XIX y las

[47] Duhet, Paule Marie, *Las mujeres y la revolución (1789-1794),* Barcelona, Península, 1974, p. 44.

[48] Wollstonecraft, Mary, *Vindicación de los derechos de la Mujer*, Debate, Barcelona, 1998.

[49] Sánchez Muñoz, Cristina: "Genealogía de la vindicación", Beltrán, Elena y Maquieira, Virginia (Eds.): *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p.32

[50] Según Amelia Valcárcel, entre otras, la primera ola surge con el feminismo ilustrado y no con el sufragismo, como efiende mayoritariamente la bibliografía anglosajona y algunas

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

primeras décadas del siglo XX, coincide, simplificando mucho, con el movimiento sufragista y con la defensa del reconocimiento de la ciudadanía a las mujeres.

Las mujeres se organizaron en torno a la reivindicación del derecho al sufragio y, de ahí, su denominación como sufragistas. Sin embargo, esa no fue su única vindicación. Las sufragistas luchaban por la igualdad en todos los terrenos apelando a la auténtica universalización de los valores democráticos y liberales. Sin embargo, y desde un punto de vista estratégico, consideraban que una vez conseguido el voto y el acceso al parlamento podrían comenzar a cambiar el resto de las leyes e instituciones.

Las mujeres norteamericanas consiguieron establecer alianzas con otros movimientos sociales, como el movimiento abolicionista. Todos esos principios quedaron reflejados en *La Declaración de Sentimientos de Seneca Falls*, publicada en 1848 tras la primera Convención sobre los Derechos de la Mujer y considerada el texto fundacional del Feminismo estadounidense. A pesar de que la gran mayoría de los temas tratados en la Declaración se referían a cuestiones relativas a la esfera privada, esos asuntos tuvieron trascendencia política y pública, adelantando así un siglo el lema *Lo personal es político*. Fueron unos acontecimientos ocurridos en julio de 1848 en el Estado de Nueva York, concretamente en la capilla wesleyana de Seneca Falls, en la que, alrededor de setenta mujeres significativas y treinta varones lideradas por las norteamericanas y abolicionistas Elizabeth Cady Stanton y Lucrecia Mott, se reunieron para estudiar las condiciones y derechos sociales, civiles y religiosos de la mujer. Al término de la Asamblea redactaron un texto cuyo modelo fue la Declaración de Independencia, conocido como "Declaración de Seneca Falls", y a partir de la cual los esfuerzos igualitarios y aislados de muchas mujeres y algunos varones comenzaron a canalizarse en movimientos feministas organizados primero en América, y después en el resto de los países siguiendo su estela.[51]

Manifiestan en su Preámbulo que como verdad evidente está el hecho de que todos los hombres y mujeres sean creados iguales y con ciertos dere-

feministas españolas como Carme Castells: Castells, Carme, *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 10. Por otra, como señala Jane Freedman, esa clasificación es útil como resumen histórico, pero puede provocar ciertos equívocos. Así, podría parecer que no ha existido actividad feminista fuera de esas dos olas y, por otra parte, puede enmascarar la diversidad que caracteriza al Feminismo: Freedman, Jane, *Feminismo. ¿Unidad o conflicto?*, Traducción de José López Ballester, Narcea, Colección Mujeres, 2004, Madrid, pp. 18 y 19.

[51] Miyares, Alicia, "1848: El manifiesto de 'Seneca Falls'", *Leviatán*, vol. 75, Madrid, 1999.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

chos inalienables, y siempre que cualquier forma de gobierno atente contra esos fines, el derecho de los que sufren consiste en negarle su lealtad y reclamar la formación de uno nuevo, como es el caso de las mujeres de esa época tras una paciente tolerancia a una larga cadena de abusos y usurpaciones. Como ejemplo citan la prohibición que siempre han tenido de disfrutar del derecho al sufragio, acatando pues las leyes en cuya elección y elaboración no han tenido ningún tipo de participación y por las cuales han sido despojadas de todo derecho de propiedad, incluso el salario por ellas ganado en los pocos trabajos que podían desempeñar, sin ningún tipo de derecho civil, sin una educación adecuada, y subordinadas al padre, al marido y a los hijos. De este modo establecen en dicha Declaración una serie de resoluciones que han de considerarse, si el Gobierno pretende legitimarse en el poder.

En el siglo XIX, el siglo de los grandes movimientos sociales emancipatorios, el feminismo aparece, por primera vez, como un movimiento social de carácter internacional, con una identidad autónoma teórica y organizativa que ocupa un importante lugar en el seno de los otros grandes movimientos sociales: el socialismo y el anarquismo. En cuanto al movimiento sufragista europeo, cabe señalar que el inglés fue el más potente y radical. Destaca la labor política y teórica de John Stuart Mill, así como la de las sufragistas británicas de principios del siglo XX y, en concreto, de Emmeline Pankhurst y sus hijas Sylvia y Christabel, que en 1903, crearon, junto a otras mujeres afiliadas al Partido Laborista Independiente, la *Unión Social y Política de las Mujeres* y el periódico *Votes for Women*, que más tarde se denominaría *The Suffragette*. El principal objetivo de dicha asociación era la aprobación parlamentaria del voto femenino y, con ese fin, llevaron a cabo diversas acciones para llamar la atención sobre sus propósitos dirigidas a la opinión pública y al Gobierno.

Gracias a las luchas del Feminismo ilustrado y decimonónico, tras la Primera Guerra Mundial la mayoría de los países occidentales reconocieron el derecho al voto de las mujeres. Como consecuencia de este logro y de ciertas circunstancias políticas y económicas, en el período de entreguerras el Feminismo decae hasta que en 1949 se publica *El Segundo Sexo,*[52] de Simone de Beauvoir, obra que representará un papel fundamental en el desarrollo del feminismo de las décadas siguientes. Simone de Beauvoir, con el propósito de construir una teoría explicativa de la subordinación de las mujeres desde una investigación interdisciplinar, parte de la pregunta "¿Qué significa ser mujer?" para defender que no se nace mujer, sino que

[52] Beauvoir, Simone, *El segundo sexo,* Cátedra, Madrid, 1990.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

se deviene mujer; es decir, que la mujer es construida socialmente más que biológicamente, y que la construcción de la sociedad y de los seres humanos es masculina y excluye a la mujer. De este modo la mujer es el Otro, lo inesencial, frente al hombre, el Mismo o lo esencial. La importancia de este análisis se muestra en la repercusión que tuvo en la elaboración teórica posterior al configurar gran parte de la reflexión desarrollada en las décadas siguientes a su publicación.

Un ejemplo de cómo se gestó en muchos países europeos la cuestión del sufragismo, es España, en donde por las fechas de la Declaración de Seneca Falls, las mujeres ni siquiera podían presenciar los debates parlamentarios en las tribunas públicas del Congreso, pues les estuvo explícitamente prohibido por los primeros reglamentos de Cortes, prohibición que se levanta en 1834, aunque solían burlar el Reglamento vistiendo el traje de hombre o usando el talar eclesiástico para esconder sus formas (igual que Concepción Arenal para poder cursar Derecho en la Universidad Complutense de Madrid). En torno a 1854, el diario madrileño La Unión Liberal dio a conocer un programa electoral de nueve puntos el primero de los cuales pedía el voto para la mujer, aunque la fuente era anónima y por ello se desconoce el posible inicial núcleo sufragista que hubiese redactado el programa, aunque llama la atención que la petición se hiciese sólo para aquellas mujeres "de probidad", es decir, para aquellas de probada conducta.[53] Eso me ha hecho recordar, quizás a ello se referían, el certificado de moralidad que todavía adjuntó alguna de nuestras abuelas, expedido por el párroco correspondiente, a modo de pasaporte para que las "dulces doncellas" pudieran casarse.[54] En 1868 se funda la Asociación Internacional de las Mujeres y convocó su primer Congreso en Ginebra en 1870, quienes enviaron una petición al parlamento español para que el sufragio sea extendido a las mujeres.[55] Es curioso que mientras el Gobierno de 1872 negaba a las españolas no sólo el derecho al voto, sino al propio acceso a la Universidad o a ciertos empleos, contábamos en Alemania con más de quinientas mil mujeres desempeñándolos.

La primera enmienda sobre el voto de la mujer en el Congreso español tuvo lugar en 1877 pero con escaso éxito, pues los parlamentarios entendie-

[53] Fagoaga, Concha, *La voz y el voto de las mujeres. El sufragismo en España 1877-1931*, Icaria, 1985, pp. 29, 30, 44, 47.

[54] Lafuente, Isaias, *Agrupémonos todas. La lucha de las españolas por la igualdad*, Aguilar, 2003, p. 13.

[55] Fagoaga, Concha, *La voz y el voto de las mujeres. El sufragismo en España 1877-1931*, Icaria, 1985, p. 65.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ron que ellas mismas no lo querían, pues no era ese su fin ni función en la vida humana.[56] De hecho tuvo escasa repercusión en la prensa del momento, y transcurrió un período de treinta años entre esta enmienda y las siguientes de 1907 en el Senado. En medio de las risas de los parlamentarios solicitaban el derecho de votar, que no el de ser elegida, a la viuda que tuviese patria potestad pues entendían que la misión de la mujer casada era la de estar en el hogar y habría de estar influenciada totalmente por el hombre a quien le debía sumisión. Pero la duda también se cernía en las viudas, pues como algún parlamentario afirmó, "apartándome de todo humorismo diré que es un grave peligro hacer esa distinción entre viuda y casada, y decir que la mujer no tendrá derecho a voto hasta después de que su marido hubiese muerto, porque tal vez movida por pasiones políticas, le indujera a cometer actos censurables". La otra razón era que consideraban que dar el voto a la viuda era entregarlo al cura.

En noviembre de 1919, el diputado Burgos Mazo lo intentó de nuevo y presentó un proyecto de ley electoral que otorgaba el voto a todos los españoles mayores de 25 años, sin distinción de sexo, aunque impedía que las mujeres pudieran ser elegibles. El proyecto contenía alguna extravagancia, como que las elecciones se celebrasen en días diferentes: un sábado para la votación de las electoras y el domingo siguiente para la de los electores, aunque eso poco importa, pues el proyecto nunca llegó ni siquiera a debatirse.[57] No obstante, tuvo algunos beneficios, pues se produjo el primer movimiento organizativo entre las mujeres españolas, las cuales constituyeron asociaciones, reuniones, celebraron mítines, etc, sin olvidar también la figura individual de muchas mujeres como Carmen Burgos, llegando incluso al Parlamento peticiones de derecho al sufragio. Y quizás por ello, cuatro años más tarde, bajo la dictadura de Primo de Rivera, se resucita esta vieja cuestión. El Estatuto Municipal (un Decreto de abril de 1924 fijó la composición del censo electoral), promulgado con efecto de ley poco después de asumir el poder, y que derogaba la legislación vigente en esta materia desde 1877, otorgó el voto activo y pasivo a las mujeres (electoras y elegidas) en elecciones municipales, aunque con efectos muy restrictivos, ya que las casadas no podían votar "para evitar posibles disensiones en el seno del hogar".

Un mes después, el Gobierno ordenó, a la Dirección Nacional de Estadísticas, la inscripción en el censo electoral de todos los varones mayores de 23 años, así como de las mujeres "solteras y viudas", siempre que no

[56] *Ibidem*, p. 83.

[57] Lafuente, Isaias, *Agrupémonos todas. La lucha de las españolas por la igualdad*, *op. cit.*, p.52.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sean prostitutas: "dueñas y pupilas de casas de mal vivir", se dice. También se excluye a las casadas, salvo que estén separadas legalmente y el juez haya declarado al marido culpable, cuando el marido esté desaparecido o haya perdido sus derechos civiles por sentencia firme, o cuando la mujer casada tutele a su marido loco o sordomudo. Es decir, "solteras honestas, viudas, divorciadas inocentes, casadas abandonadas y otras diversas casadas afligidas", como expresa atinadamente y con gracia Amelia Valcárcel.[58] Cabe no obstante señalar que pese al tan restringido electorado femenino, en Madrid, en 1924 fueron designadas, como concejales, María de Echarri, la vizcondesa de Llantero y Elisa Calonge.[59] Posteriormente se convocó el 11 de septiembre de 1926, una especie de plebiscito que, en realidad, sólo buscaba reforzar políticamente la figura del dictador.

Así, tras la proclamación de la dictadura, el general Primo de Rivera suspendió la Constitución, clausuró las Cortes, suprimió los gobiernos civiles, sustituyó los ayuntamientos y creó un partido: la Unión Patriótica. En esta especie de referéndum popular se permitió, por primera vez, participar a todos los españoles mayores de 18 años, sin distinción de sexo. Podría considerarse esta fecha como el día en el que las mujeres españolas participaron por primera vez en una consulta popular, aunque con dudas puesto que estas elecciones no tuvieron ningún valor democrático. Quizás también puede señalarse el hecho de que el dictador había decidido integrar algunas mujeres en la Asamblea Consultiva (a modo de Parlamento pero sin asumir el poder legislativo y mediante un sistema de elección corporativo y por nombramiento vitalicio), aunque finalmente de nuevo, a la caída de su régimen en enero de 1930, se regresó al *statu quo* previo.[60]

A pesar de las limitaciones señaladas, las expectativas de voto creadas en el marco de la dictadura sirvieron para acrecentar la marcha del movimiento, y así, el 8 de mayo de 1931, cuando se preparaban las elecciones para configurar las Cortes Constituyentes, un Decreto resolvió sólo la mitad del problema al permitir que las mujeres mayores de 23 años y los curas pudiesen ser candidatos. No podían votar, pero se les iba a dejar legislar; gran paradoja. La medida

[58] Valcárcel, Amelia, *El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 2002.

[59] Franco Rubio, Gloria Ángeles, *La incorporación de la mujer a la Administración del Estado, Municipios y Diputaciones (1918-1936)*, Subdirección General de Estudios e investigaciones, Dirección General de Juventud y promoción socio-cultura, 1981, p. 125.

[60] Bussy Genevois, Daniéle, "Mujeres de España: de la República al franquismo", Duby, Georges y Perrot, Michelle. (coord.), *Historia de las Mujeres*, Taurus, Madrid, 2000, p. 227; Capel, Rosa, *El sufragio femenino en la Segunda República española*, Ed. de la Universidad de Granada, 1975, pp. 136 y 137.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tuvo limitados efectos prácticos: de los 470 escaños, sólo dos mujeres obtuvieron acta de diputado en aquellas elecciones de junio de 1931; Clara Campoamor, por el Partido Radical y Victoria Kent por el Partido Radical Socialista (elegidas pues por sufragio universal masculino). Una tercera, Margarita Nelken, que se presentó a las elecciones en las filas del PSOE, tuvo problemas con su acta y se incorporó al Congreso meses después.

Tres mujeres eran una mínima representación, pero fue suficiente: la presencia de Clara Campoamor en los debates parlamentarios resultó determinante para que la Constitución de 1931 reconociera a las mujeres españolas el derecho al voto, pues finalmente se consiguió su aprobación el 1 de octubre de 1931, después de un intenso debate librado en el Congreso cara a cara entre Clara Campoamor y Victoria Kent, pues ésta junto a Margarita Nelken, defendían el voto de las mujeres pero con limitaciones al considerar que la mujer española no estaba aún preparada para ejercer ese derecho de manera independiente, sin la influencia del marido o del confesor. No obstante, finalmente Clara Campoamor consiguió convencer con su último discurso a una mayoría de diputados y, en la votación final, se aprobó el derecho de la mujer al voto: 161 votos a favor, 121 en contra.[61] Este duro enfrentamiento incluso con su propio partido político puede leerse en las páginas del libro que escribió con el sugerente título de "el voto femenino y yo: mi pecado mortal".[62]

Las mujeres dejaron de ser invisibles en la vida política, por primera vez encontramos mujeres dedicadas a la política, así hay mujeres alcaldesas, diputadas, una Vicepresidenta de las Cortes en 1937 (La dirigente comunista Dolores Ibárruri la "Pasionaria") e incluso la primera mujer Ministra (Federica Montseny —Ministra de sanidad—). Con la Dictadura de Franco, las mujeres regresaron al ámbito privado, teniendo que esperar al período democrático para reconquistar el espacio y el tiempo usurpado por el Franquismo.

La dictadura supuso la pérdida de derechos civiles y políticos, de autonomía, de libertades, del espacio público y del trabajo extradoméstico, conquistas que se habían materializado notablemente durante los años republicanos. Así, como ejemplo puede verse lo relativo al derecho al voto,

[61] Lafuente, Isaias, *Agrupémonos todas. La lucha de las españolas por la igualdad*, *op. cit.*, pp. 71, 72 y 91. Merino Hernandez, Rosa Maria, "Las mujeres en España durante la Segunda República y la Guerra Civil: derechos, política y violencia", Cuesta Bustillo, Josefina (Dir.), *Historia de las Mujeres en España. Siglo XX*, tomo I, Instituto de la Mujer, 2003, pp. 361-365.

[62] Campoamor, Clara, *El voto femenino y yo: mi pecado mortal*, La Sal, Barcelona, 1981; Valcárcel, Amelia, *El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

a ser elegibles, en lo relacionado al seguro de maternidad para mujeres trabajadoras, el derecho al matrimonio civil, al divorcio, e incluso la mujer casada debía tomar la nacionalidad del esposo.

3. *Los feminismos contemporáneos: nuevos retos y alternativas.*

Ya en los años sesenta surge la siguiente ola del Feminismo, que plantea nuevos temas de debate, nuevos valores sociales y una nueva forma de autopercepción de las mujeres. En esos primeros años dos grandes temas sirvieron de eje tanto para la reflexión teórica como para la movilización feminista. El primero estuvo representado por el lema *Lo personal es político*, que llamaba la atención sobre los problemas de las mujeres en el ámbito privado; el segundo fue el análisis de las causas de la opresión, en el que el concepto de Patriarcado desempeñaría un papel fundamental.

En un primer momento podríamos señalar en denominado "feminismo de la igualdad", que destaca que "toda afirmación de una especificidad femenina tiene el riesgo de favorecer la jerarquización entre los sexos". *La mística de la feminidad*, obra publicada en 1963, por una de las máximas representantes del feminismo liberal Betty Fiedan, que también en 1966 creó la *Organización Nacional para Mujeres* (NOW). Alguna autora como Suárez Llanos ha incluido dentro de esta corriente feminista a los denominados: *"feminismoliberal"*, *el "feminismoliberal-socialdemócrata"* o el *"feminismo marxista"*.[63]

Por otro lado estaría el denominado "feminismo de la diferencia", en cuyo plano teórico debemos mencionar dos obras fundamentales publicadas en 1970: *Política Sexual*, de Kate Millet y *La dialéctica de la sexualidad*, de Sulamith Firestone, obras que acuñaron conceptos fundamentales para el análisis feminista posterior, como patriarcado, género y casta sexual. El feminismo de la diferencia critica al feminismo de la igualdad por considerar que es reformista, asimila las mujeres a los varones y, en última instancia, no logra salir del paradigma de dominación masculina. Alguna autora como Suarez Llanos ha incluido dentro de esta corriente feminista a los denominados: *El "feminismo cultural"*, *"feminismo de la diferencia de base psicológica"*, *"feminismo de la diferencia de base biológico-sexual"*, *"feminismo radical"*, *o "feminismo postmoderno"*.[64]

[63] Suárez Llanos, María Leonor, *Teoría Feminista, Política y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.

[64] *Ibidem*.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Junto a estos feminismos, han surgido muchos otros, como el ecofeminismo, el anarcofeminismo, feminismo post-colonial, feminismo crítico etc., que no vamos a explorar en este capítulo, pero que se suman a otros nuevos que van surgiendo y que exploran conceptos muy concretos de la situación de la mujer en determinados ámbitos. Así, colmando los deseos editoriales de concisión, solamente se expone a continuación una breve referencia al denominado "feminismo institucional" y a los "*Critical Legal Studies*" (ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS) o "*Feminist Jurisprudence*" (teoría jurídica feminista) por su menor abundamiento en la "literatura académica".

En relación al denominado "Feminismo de Estado" o "Feminismo institucional", puede destacarse el movimiento iniciado por muchos Gobiernos para la creación de instituciones como los "Institutos de la Mujer" [65] o la realización de planes de igualdad y políticas para erradicar la discriminación por razón de sexo. A continuación pondremos como ejemplo el caso español y el contexto europeo en el que se promovieron estas iniciativas.

Este "movimiento" institucional dirigido a atender de forma específica los derechos de la mujer en equidad con el hombre, ha recibido por muchos autores la denominación de "Feminismo Institucional".[66] En la literatura sobre ciencias sociales también se denomina "Feminismo de Estado"[67] o "Feminismo Oficial", conociéndose con el nombre de "Feministas de Estado" o "Femócratas" a las personas que trabajan en tales Instituciones Feministas u Organismos de Igualdad (a nivel estatal, o regional y local), e incluso la figura profesional de "agente de igualdad".[68]

Sus inicios tuvieron numerosos adeptos, la mayoría, asociaciones de mujeres, aunque siempre muy prudentes sobre su pronunciamiento sobre el

[65] El "Instituto de la Mujer" español fue creado en 1983, y dependió orgánicamente del Ministerio de Cultura hasta 1988, año en el que pasó a formar parte del de Asuntos Sociales.

[66] Valiente, Celia, "El feminismo Institucional en España. El Instituto de la Mujer 1983-1994", *Revista Internacional de Sociología*, vol. 13, 1996, p. 164.; Bodelón González, Encarna, "Dos metáforas para la libertad: Igualdad y Diferencia", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 36, 2002, p. 252; Gil Ruiz, Juana María, *Las políticas de igualdad en España: Avances y Retrocesos*, Granada, 1996, p. 181, entre otros.

[67] Threlfall, Monica, "¿Feminismo de Estado o Feminismo de Partido? Las estrategias políticas feministas", *Revista Internacional de Sociología*, vol. 23, 1999. En este artículo se comentan una serie de ejemplos de "Feminismo de Estado" y se muestra que el término hace referencia a fenómenos dispares e incluso contradictorios. En el caso de España le parece que se trata de un *feminismo socialdemócrata en el gobierno, y más concretamente de una socialdemocracia tardía que tuvo que dar respuesta a una oleada feminista en una era poskeynesiana.*

[68] Sobre la figura profesional de "agente de igualdad": Sanz De Pablo, Pilar, "La figura profesional de 'agente de igualdad': análisis de género y propuestas de adecuación", Barrere Unzueta, María Ángeles, Campos, Araantza (coord.), *Igualdad de oportunidades e igualdad de Género: una relación a debate*, Dykinson, 2005, p. 212.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Instituto dado que estos grupos se fundaron en la década de los setenta conformando junto con otras organizaciones políticas, sindicales, etc., la oposición al régimen autoritario, en el que se había creado aparentemente con el mismo objetivo, la mencionada "Sección Femenina". Por ello, *dichas actividades dejaron en muchas activistas un legado de actitudes de sospecha y de desconfianza hacia el poder político, acostumbradas como estaban a luchar contra él más que a servirse del mismo para alcanzar sus propios objetivos.*[69] No obstante, la conveniencia del establecimiento de este tipo de organismos con el propósito de hacer avanzar la equidad entre los géneros había sido puesta ya de manifiesto, además de los documentos y estrategias señalados, en la Primera Conferencia del Decenio de Naciones Unidas para la Mujer (México 1975). Ello, junto al conocimiento por parte de un importante sector de feministas que conocían la existencia del feminismo de Estado, cuya génesis había tenido lugar en EEUU,[70] se habían trasladado a otros países occidentales[71] y había empezado a tener su manifestación en el seno de la Comunidad Europea[72] que con un número creciente de logros, supusieron una enorme influencia y suscitaron el interés por implantar este tipo de medidas.

Ya ha sido puesto de manifiesto que en el ámbito europeo, la igualdad de trato entre hombres y mujeres tuvo su primera manifestación principalmente a través de la dicción del artículo 119 del Tratado de Roma de 1957, en donde se establecía la obligación que debían asumir los Estados miembros para garantizar la aplicación del principio de igualdad en la retribución de los trabajadores comunitarios y por lo tanto, circunscrito al ámbito laboral, y meramente salarial.

Ha de señalarse sin embargo, que la misma no nació con una clara vocación igualatoria entre ambos sexos, sino fruto de una necesidad económica de convergencia entre los países que formaban parte de la misma, y

[69] Valiente, Celia, *El feminismo Institucional en España. El Instituto de la Mujer 1983-1994*, *op. cit.*, p. 168.

[70] A título ejemplificativo, el "Comité de igualdad de oportunidades", y para mayor abundamiento: Ruiz-Cesar, Manuel, "El principio de igualdad de oportunidades en el empleo: la experiencia sobre igualdad en el ámbito laboral en los Estados Unidos", A.A.V.V., *El principio de igualdad en la Constitución*…, ob. cit

[71] Aunque diversos fueron los Organismos que en la década de los años setenta y pioneros que se crearon en relación a este tipo de medidas. A título ejemplificativo: en el Reino Unido la "Equal Opportunities Commision" establecida en virtud de la Sex Discrimination Act (Ley contra la discriminación por razones de sexo), o en Irlanda el "Employment Equality Agency" creada por la Employment Equiality Act de 1977.

[72] En 1976 y en el seno de la Comisión Europea, se creó la denominada "Unidad para la Igualdad de Oportunidades" integrada en la Dirección General V, dedicada al Empleo, Relaciones Laborales y Asuntos Sociales.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

relativa al mercado laboral. Es decir, se pretendía evitar la persistencia de legislaciones nacionales que distorsionasen la libre competencia y el comercio entre dichos Estados, evitar el denominado "dumping social" en el empleo de mano de obra femenina. Incluso, esta regulación, su concreción en torno a la simple igualdad de remuneraciones, ha sido durante décadas, la única cobertura jurídica de todo un despliegue de normas de Derecho Comunitario derivado y los supuestos de hecho sobre los que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Resulta curioso que también Betty Friedan asegure que la incorporación en la ley de la discriminación por razón de sexo en Estados Unidos (la Ley de Derechos Civiles de los negros que no sólo prohibía la discriminación por razón de raza, sino, inesperadamente también de sexo en 1964), se haya debido a una maniobra política racista masculina fallida. Para echar abajo la propuesta de ley anti-racista, un congresista segregacionista de Virginia propuso incorporar la discriminación por razón de sexo confiando en que los congresistas votarían en su contra. No obstante, las estadounidenses tuvieron la fortuna de que los líderes del Congreso se hubieran dado cuenta de que los tiempos ya no estaban para desafiar a las mujeres.[73]

A título ejemplificativo podemos citar como inicial normativa comunitaria en este sentido, la Directiva del Consejo de 1975 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, la relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo de 1976, o dos años después la Directiva relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Fue precisamente en esta etapa, a inicios de los años ochenta, cuando la Comunidad Europea adoptó el primer Plan Europeo sobre la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer por Resolución del Consejo en julio de 1982, y que luego se extendería al ámbito estatal. Así, tras el ingreso de España en la Comunidad Europea en 1986 se impulsó la puesta en marcha de los Planes de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, siguiendo la estrategia política de Europa, estableciéndose en el caso español el I Plan para los años 1988 a 1990.

[73] Friedan, Betty, *La mística de la feminidad*, Norton, New York, 1963, cap. 6, citado por Stolke, en Verena: *La mujer es puro cuento: la cultura del género*, *op. cit.*, p. 80.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Como ejemplo, podríamos señalar la Sentencia de una Audiencia del año 1989,[74] en la que "las circunstancias personales de la ofendida hacían dudar de que hubiese mediado por ello fuerza o intimidación por parte de los procesados", "tratándose de una chica casada aunque separada y por ello con experiencia sexual", que "mantiene una vida licenciosa y desordenada, como revela el hecho de carecer de domicilio fijo", "encontrándose sola en una discoteca a altas horas de la madrugada", y que "se presta a viajar en el vehículo de unos desconocidos, poniéndose así en disposición de ser usada sexualmente".

Y como ésta, muchas de idéntico talante la han precedido e incluso sucedido,[75] lo que reitera que el sistema penal ha ejercido ciertas funciones de control social en relación a las mujeres y que durante el desarrollo de tales funciones ha asimilado una percepción del género, de la mujer como sujeto no digno de tutela con las mismas condiciones que el hombre,[76] y una de las funciones atribuidas a la pena en ciertos períodos históricos, ha sido la de reconducir a la mujer a un modelo de conducta basado en la castidad y fidelidad sexual. En este sentido, recordemos cómo todavía en 1975 estaba vigente e intacto en España el Código Penal de 1944 en donde el adulterio, entendido por tal el yacimiento una sola vez por parte de una mujer casada, constituía delito castigado con pena de prisión. Sin embargo, el artículo 452 preveía la notoriedad y la asiduidad en la infidelidad masculina denominada "amancebamiento" para que el mismo fuese considerado como tal, como ya ha sido señalado. Tampoco fue, entre otras, hasta la aprobación

[74] Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 27 de febrero de 1989.

[75] Otro ejemplo en una Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida también de 1989 (17. 2. 89), que tenía por objeto el hecho de que el acusado había aprovechado de su condición de patrono y jefe laboral ante la ofendida, que era una trabajadora de su empresa, bajo el pretendido alegato de que ciertamente ésta, con su específico vestido (una minifalda), en cierta forma y acaso inocentemente, provocó este tipo de reacción en él, ante lo cual no pudo contenerse en su presencia. Lo más grave fue que el TS confirmó por completo la sentencia y no hubo sanción alguna para los magistrados en cuestión. En otras, "simplemente" se da a entender la inferior condición de la mujer a través de expresiones tales como: "... para oponerse a las pretensiones libidinosas del varón que se prevale de su superior posición psíquica, social y cultural sobre la subordinada de la hembra", "...amenaza no sólo grave y seria, sino perfectamente creíble y posible dentro del intelecto y capacidad de enjuiciar de la mujer", etc. Sobre estas cuestiones resulta reveladora la lectura de: Tomás y Valiente, Quico y Pardo, Paco, *Antología del disparate judicial*, Plaza y Janés, 2001. También: Ruiz-Rico, Juan J., *El sexo de sus señorías. Sexualidad y Tribunales de Justicia en España*, Temas de Hoy, Madrid, 1991.

[76] Bergalli, Roberto y Bodelón, Encarna, "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1992, p. 56.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

de la Ley 14/1975, cuando se suprimió la licencia marital para los actos y contratos de la mujer como el de comparecer en juicio.

Para mayor abundamiento, baste recordar las decisiones del Tribunal Supremo durante los últimos cincuenta años en materia de escándalo público, concretamente en relación a la utilización de bikinis y escotes. El cotejo de estas decisiones permite observar que, en un espacio relativamente breve de tiempo, unos mismos hechos son sancionados por el Derecho como atentados graves a la moral pública, pasen luego al dominio de las elecciones morales personales sin trascendencia jurídica, y deriven a la postre meros hábitos o costumbres sujetos a la dinámica de los usos sociales.

Existía una gran preocupación por parte de nuestra máxima instancia jurisdiccional por edificarnos moralmente, como se desprende de su condena de la publicación de "una fotografía de una artista de cine con un escote tan ancho a la par que tan largo, que permite ver gran parte de su seno", así como otra de una artista "desnuda de medio cuerpo hacia arriba, cubierta simplemente con un escasísimo sostén estampado que permite ver por encima y por debajo de esa prenda lo que incompletamente intenta ocultar", y la de la artista desnuda que se cubre "el pecho con ambos brazos enlazados sobre él, teniendo un reloj de pulsera en la muñeca". Considerandos que, como señala con humor Perez Luño, *revelan una sutil y exhaustiva perspicacia observadora por parte del juzgador, al describir tan minuciosamente estas imágenes lúbricas*, además de concebir al Tribunal Supremo de la etapa franquista como

> un auténtico "martín de bikinis" no menos contundente que lo fuera Trento para los herejes. Un amplio elenco de decisiones que se hallan dirigidas a castigar la utilización de esta "abominable" prenda, que tan directamente atenta a las convicciones del juzgador que incluso se resiste a utilizar su nombre, empleando para aludir a ella rebuscados y peregrinos circunloquios y perífrasis.[77]

Sólo dos años más tarde, el mismo Tribunal calificó al bikini de mero "aspecto de liviandad en las costumbres". Asimismo afirma que

> con referencia a ese atuendo femenino –traje de baño de dos prendas- denominado con el neologismo aceptado en el lenguaje usual de "bikini", con que aparecen las mujeres de las dos fotografías (…) no es posible desconocer que se utiliza públicamente no sólo a diario durante las temporadas de baño, sino también en espectáculos públicos, películas cinematográficas y en la prensa; por lo que siendo indudable, aunque censurable en puros principios de moral, que la sociedad viene admitiendo y tolerando des-

[77] En relación a estas cuestiones he seguido algunos comentarios de Perez Luño, Antonio Enrique, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 145 y 146.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> de hace algunos años el uso público de tan trivial atuendo femenino, no puede considerarse que las fotografías insertas en la referida publicación constituyan una ofensa a la moral.

Para finalizar, debemos regresar sobre ciertos aspectos tales como la idea de que cuando el Estado no valora la intimidad y no reconoce ni protege a las mujeres, surge la propuesta de fortalecer una Teoría Feminista del Derecho que se encargue del desenmascaramiento del patriarcalismo del discurso jurídico, y a la vez, de la elaboración y aprobación de los instrumentos que permitan la construcción de una sociedad verdaderamente democrática. Como hemos podido observar, el Derecho coadyuva de modo importante en el mantenimiento de semejante realidad discriminatoria, a pesar de que el *principio de que todos los seres humanos son iguales es hoy parte de la ortodoxia ética y política dominante.*[78] De hecho, *todos los movimientos feministas, siempre han tenido de una u otra manera, reivindicaciones que han apelado a la procura de la igualdad en el derecho.* (véase, IGUALDAD). La importancia del sexo en el derecho ya se ve en la necesidad de poner en los Documentos Nacionales de Identidad, el sexo. Si existiera plena indiferencia jurídica, no sería necesario su mención en dicha documentación.[79] Ni siquiera la igualdad formal está garantizada: solo basta observar la sucesión a la corona española, entre muchas otras situaciones discriminatorias.[80]

Hoy en día es necesario superar la brecha entre la existencia de derechos y su ejercicio, pues no basta sólo con la fijación de normas y procedimientos jurídicos apropiados, sino que se requiere de una ciudadanía informada, con conocimiento y conciencia de sus derechos, apoyada por una institucionalidad que responda frente a la transgresión de los mismos, y que exija su cumplimiento. Una cautela que debe extremarse en una situación como la actual de crisis económica, en la que es posible que muchos de los logros alcanzados en aras a una mayor y mejor conciliación familiar, o la extensión y dimensión de las políticas de igualdad, entre otras, retornen a trágicos orígenes[81].

[78] Singer, Peter, *Ética y práctica*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 28.

[79] Ricoy Casas, Rosa María, "La regulación de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas en España", *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 21, 2009.

[80] Ricoy Casas, Rosa María, *¿Qué igualdad? El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español,* Dykinson, Madrid, 2010.

[81] Ricoy Casas, Rosa María, "La conciliación de la vida personal y laboral en España: avances y retrocesos", *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 18, núm. 1, 2009.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

IV. Bibliografía

Alarcón Cabrera, Carlos, "Reflexiones sobre la igualdad material", *Anuario Filosofía del Derecho*, vol. IV, 1987

Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

Amorós, Celia, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos, Barcelona, 1985.

_____, *Historia de la Teoría Feminista*, Comunidad, Madrid, 1994

_____, *Teoría Feminista: de la Ilustración a la globalización*, Minerva, Madrid, 2005.

_____, *Tiempo de feminismo*, Cátedra, Feminismos, Madrid, 1997.

Anguátegui Roig, Francisco Javier, "Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado Constitucional", Zapatero, Virgilio, *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel,* Universidad de Alcalá, Tomo I, 2002.

_____, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión,* Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 289.

Aparisi Miralles, Angela, "Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad" *Anuario de Filosofía del Derecho,* vol. XII, 1995.

Ara Pinilla, Ignacio, "Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad", A.A.V.V., *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000.

Aristóteles, *Política,* Espasa Calpe, Madrid, 1985.

Astola Madariaga, Jasone, "La reforma de la Constitución española desde una perspectiva de género", Roura, Santiago y Tajadura, Javier, *La reforma Constitucional*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

Atienza, Manuel, "Un comentario al caso Kalanke", *Doxa*, vol. 19, Madrid, 1996

Ballester Pastor, María Amparo, "La STJ de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado", *Tribuna Social*, vol. 58, 1995.

Azcaráte-Askasua Albéniz, Ana Carmen, *Mujer y discriminación del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional,* Instituto Vasco de Administración Pública, Euskadi, 1997.

Aznárez, Juan Jesús, "Secretos de alcoba. Una caligrafía secreta de 2000 caracteres preservó la intimidad de las mujeres chinas", *El País*, suplemento Babelia, 22 febrero 1992.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

BALLESTER PASTOR, María Amparo, "Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall)", *Relaciones Laborales,* vol. 18, 1998.

BALLESTEROS, Jesús, *Ecologismo personalista*, Madrid, Tecnos, 1995.

BARRÉRRE UNZUETA, María Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.

BARTLETT, Katharine T., y ROSANNE, Kennedy, *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991.

BASILE, Silvio, "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en Predieri, Alberto y García de Enterría, Alfonso Enrique (ed.), La *Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980.

BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo*, Cátedra, Madrid, 1990.

BERGALLI, Roberto y BODELÓN, Encarna, "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 9, 1992.

BLÁZQUEZ-RUIZ, Francisco Javier, *Igualdad, libertad y dignidad*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2003.

BLUNTSCHLI, Johann Kaspar, *Théorie genérale de L´État, Villamin et* Cie, París, 1967 en su version: *The Theory of State,* Batoche Books, Ontario, 2000.

BOBBIO, Norberto, *El Tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

_____, *Igualdad y libertad,* Barcelona, Paidós, 2000.

BODELÓN González, Encarna, "Dos metáforas para la libertad: Igualdad y Diferencia", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 36, 2002.

_____, "Género y Derecho", A.A.V.V., *Derecho y sociedad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Discriminación positiva e favor de la mujer en el Derecho Comunitario (en torno a la Sentencia del 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas)*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia, 2001.

BUSSY GENEVOIS, Daniéle, "Mujeres de España: de la República al franquismo", en Duby, Georges y Perrot, Michelle, (coord.), *Historia de las Mujeres*, Taurus, Madrid, 2000.

BURRLER, Judith, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, México, 2001.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CALAME-GRIAULE, Geneviève, *Etnología y lenguaje. La palabra del pueblo Dogon*, Madrid, Editora Nacional, 1982.

CALERO FERNÁNDEZ, María Angeles, *Sexismo Lingüístico. Análisis Y Propuestas Ante La Discriminación Sexual en el lenguaje*, Ediciones Narcea, Madrid, 1999.

CAMPOAMOR, Clara, *El voto femenino y yo: mi pecado mortal*, La Sal, Barcelona, 1981.

CANO MATA, Antonio, *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Edersa, Madrid, 1983.

CAPEL, Rosa, *El sufragio femenino en la Segunda República española*, Ed. de la Universidad de Granada, 1975.

CARMONA CUENCA, Encarna, "El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994

CASTELLS, Carme (Comp.), *Perspectivas feministas en teoría política,* Paidós, Barcelona, 1996.

COBO BEDIA, Rosa, *Democracia y patriarcado en Jean Jacques Rousseau*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

_____, *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Cátedra, Madrid, 1995.

CORTINA, Adela, "Por una Ilustración feminista", *Leviatán*, núm. 35, 1989.

DE CASTRO CID, Benito, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, 1989.

DE LA BARRE, Poullain, *De la educación de las Damas para la formación del espíritu en las ciencias y en las costumbres,* Ediciones Cátedra, colección feminismos, Universitàt de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993.

DE PISAN, Christine, *La ciudad de las damas*, Siruela, 2006.

DUHET, Paulie-Marie, *Las mujeres y la revolución (1789-1794),* Barcelona, Península, 1974.

DURÁN Y LALAGUNA, Paloma, "Notas sobre la igualdad", *Anuario de Filosofía del Derecho,* vol. XI, 1994.

ELÓSEGUI ITXASO, María, *Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos*, Ediciones Internacionales Universitarias (EIUNSA), Madrid, 2002.

_____, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy*, Cen-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad de Zaragoza, Madrid, 2003.

ESCAMILLA CASTILLO, Manuel, "Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham", *Anuario de Filosofía del Derecho,* vol. IV, 1987.

FACIO, Alda, *Cuando el género suena cambios trae: Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Ilanud, San José, 1992

_____, "Hacia otra Teoría Crítica del Derecho", Fries, L. y Facio, Alda (Comp.), *Género y Derecho,* LOM Ediciones, La Morada, Santiago de Chile, 1999.

FAGOAGA, Concha, *La voz y el voto de las mujeres. El sufragismo en España 1877-1931*, Icaria, 1985.

FERNÁNDEZ AVILÉS, Jose Antonio, "La discriminación positiva en el ámbito comunitario (Notas a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995)", *Actualidad Laboral*, núm. 44, 1995.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, María Encarnacion, *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

_____, "Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad", *Anuario de Filosofía del Derecho,* vol. X, 1993

_____, "'Precursores' en la defensa de los derechos de las mujeres", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1991.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

FISS, Owen M., "¿Qué es el feminismo?", *Doxa*, núm. 14, 1993.

FRANCO Rubio, Gloria Ángeles, *La incorporación de la mujer a la Administración del Estado, Municipios y Diputaciones (1918-1936),* Subdirección General de Estudios e investigaciones, Dirección General de Juventud y promoción socio-cultura, 1981.

FREEDMAN, Jane, *Feminismo. ¿Unidad o conflicto?,* Traducción de José López Ballester, Narcea, Colección Mujeres, 2004.

FRIEDAN, Betty, *La mística de la feminidad*, Norton, New York, 1963.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 4, 1997.

_____, "¿Tienen sexo las normas?. Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 9, 1992.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

GARCÍA DE LEÓN ÁLVAREZ, María Antonia, *La excelencia científica. Hombres y mujeres en las Reales Academias*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2005.

GARCÍA MESEGUER, Alvaro, *¿Es sexista la lengua española?. Una investigación sobre el género gramatica*l, Paidós, Barcelona, 1996.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Igualdad y respeto al precedente*", Derechos y Libertades,* T.II, año I.

GIL RODRÍGUEZ, Eva Patricia, "¿Por qué le llaman género cuando quieren decir sexo?: Una aproximación a la teoría de la performatividad de Judith Butler", *Atenea Digital*, núm. 2, 2002.

GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GUISÁN, Esperanza, "Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea", *Anuario de Filosofía del Derecho,* Tomo IV, Madrid, 1987.

HELLER, Hermann, *Las ideas políticas contemporáneas*, Comares, Granada, 2004.

_____, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998

_____, *Escritos Políticos*, Alianza, Madrid, 1985.

HESSE, Konrad "Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht", *Anstalt des öffentlichen Rechts,* vol. 77, 1951/52.

LAFUENTE, Isaias, *Agrupémonos todas. La lucha de las españolas por la igualdad*, Aguilar, 2003.

LAPORTA, Francisco J., "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema*, julio 1985, núm. 67.

LARRAURI, Elena, *Mujeres, Derecho penal y criminología*, s. XXI, Madrid, 1994

LOMBARDO, Emmanuela, "La política de género de la Unión Europea: ¿atrapada en el "dilema de Wollstonecraft"?", García Inda, Andrés y Lombardo, Emmanuela, *Género y Derechos Humanos*, Huesca, Mira Editores, 2002.

LÓPEZ ANADÓN, Pedro, "La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, caso Marschall contra Nordrhein-Westfalen", *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 323, 1997.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando*, El acoso moral por razón de género*, Aranzadi Social núm. 15.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 1989.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

MACKINNON, Catherine, *Hacia una teoría feminista del Estado,* Cátedra, Madrid, 1995.

MARITAIN, Jacques, "Introducción", *Los derechos del Hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración Universal reunidos por la UNESCO*, F.C.E, Méjico-Buenos Aires, 1949.

MARTÍN VIDA, María Angeles, "Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia Marschall", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 53, 1998.

_____, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003.

MARTÍN-GAMERO, Amelia, *Antología del feminismo. Introducción y comentarios*, Madrid, Alianza Editorial, 1975.

MERINO HERNANDEZ, Rosa María, "Las mujeres en España durante la Segunda República y la Guerra Civil: derechos, política y violencia", Cuesta Bustillo, Josefina (Dir.), *Historia de las Mujeres en España*. Siglo XX, tomo I, Instituto de la Mujer, 2003.

MILL, John Stuart, *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Cátedra, 2001.

HELD, David, *Modelos de Democracia*, Alianza Ensayo, Madrid, 1996.

MIYARES, Alicia, "1848: El manifiesto de 'Seneca Falls"', *Leviatán*, vol. 75, Madrid, 1999.

MOLINA PETIT, Cristina, "Dialéctica feminista de la Ilustración", *Anthropos*, Madrid, 1994.

_____, "El feminismo en la crisis del proyecto ilustrado", *Sistema,* vol. 99, 1990.

MORENO López, Angustias, "La igualdad en la titularidad de los derechos humanos en la normativa internacional", *Anuario del Seminario Permanente sobre Derechos Humanos,* Univ. de Jaén, 1993-994.

MOSSE, George, *La cultura europea del siglo XIX*, Ariel, Barcelona, 1997.

MOSSMAN, Mary, "Feminism and Legal Method: The difference it makes", *Australian Journal of Law and Society,* vol. 3, 1992.

MUNCK, Thomas, *Historia social de la Ilustración*, Trad. Castellana de Gonzalo G. Djembé, Crítica, Barcelona, 2001.

OLLERO, Andres, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982.

_____, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

_____, "Principio de igualdad y teoría del Derecho", *Derechos Humanos y metodología jurídica*, CEC, Madrid, 1989.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, CEC, Madrid, 1989.

_____, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1999.

OLSEN, Frances, "Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective", *International Journal of the Sociology of law*, vol. 18, 1990.

_____, *Feminist Legal Theory*, serie Schools, Aldesshot, Darmonth, 1995.

OTERO PARGA, Milagros, *A seguridade no Dereito*, Fundac. Alfredo Brañas, Colecc. Dereito, núm. 15, 2003.

PASTORI, Giorgio, "Funciones y derechos sociales entre Estado y sociedad", *Documentación Administrativa*, núm. 248/249, 1997.

PATEMAN, Carol, "El contrato sexual", Anthropos, Barcelona, 1995.

BERTRAND, Marie-Andrée, "Comment le Droit construit le Genre", *New Alternatives for old challenges: Womens´s rights,* IISJO, Oñati, 1996 .

PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

_____, *Curso de Derechos Fundamentales (I), Teoría General,* Eudema, Madrid, 1991 .

_____, "Sobre el puesto de la historia en el concepto de los Derechos Fundamentales", *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Eudema Universidad, Madrid, 1988.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986.

_____, "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1981.

_____, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.

_____, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997.

_____, *Dimensiones de la igualdad,* Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005.

PÉREZ TREMPS, Pablo, "Constitución y Derechos de la Mujer", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 14-15, 1996-1997.

PITCH, Tamar, "Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito feminista", *Democrazia e Diritto*, vol. 2, aprile-giugno, 1993.

_____, "Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, droit sexué", *Déviance et Societé,* vol.16, núm. 3, 1992.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

PRIETO SANCHÍS, Luis, "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983.

_____, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

_____, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 7, Dikynson, 1998.

PULEO, Alicia, *Figuras del otro en la Ilustración francesa. Diderot y otros autores*, Escuela Libre Editorial, Fundación ONCE, Madrid, 1996.

_____, *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII. Condorcet, De Gouges, De Lambert y otros*, Anthropos, Madrid, 1993.

QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, "La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso 'Kalanke versus Glissmann'", *Asuntos Laborales*, vol. 5, 1996.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1995.

REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995

_____, "Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo", A.A.V.V., *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

RICOY CASAS, Rosa María, *¿Qué igualdad? El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

_____, "La conciliación de la vida personal y laboral en España: avances y retrocesos", *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 18, núm. 1, 2009.

_____, "La regulación de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas en España", *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, vol. 21, 2009.

RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la Sentencia Kalanke del TJCE", *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 90, 1996.

RODRÍGUEZ GONZÁLES, Jesús Primitivo, "De verdad, ¿hacia la justicia?", Zapatero, Virgilio, *Horizontes de la Filosofía del Derecho*, T.I., pp. 217-236.

RODRÍGUEZ PANIAGIUA, Jose María, "Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE", *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1997.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ, María Frenanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, "Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marschall del TJCE", *Relaciones Laborales*, núm. 24, vol. II, 1997.

_____, "Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados", *Relaciones Laborales,* vol. VII, 1996.

_____, "Prólogo a la obra", Ollero, Andres (ed.) *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1999.

_____, "Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados", *Relaciones Laborales*, vol. VII, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social,* Austral, Madrid, 1990.

_____, *Emilio o de la educación*, Biblioteca Edad, Madrid, 1996.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* vol. 31, 1991.

RUBIO, Ana, "Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?", *Derechos y Libertades*, vol. 4, 1995.

RUIZ CÉZAR, Miguel, "El principio de igualdad de oportunidades en el empleo: la experiencia sobre igualdad en el ámbito laboral en los Estados Unidos", A.A.V.V., *El principio de igualdad en la Constitución,* Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1991.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, "La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *El principio de igualdad,* Dykinson, Madrid, 2000.

_____, *Las huellas de la igualdad en la Constitución, en Reyes Mate, Manuel: Pensar la igualdad y la Diferencia. Una reflexión filosófica*, Fundación Argentaria, Madrid, 1995.

RUIZ-RICO, Juan Jose, "El sexo de sus señorías. Sexualidad y Tribunales de Justicia en España", *Temas de Hoy*, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ DÍAZ, Pilar, "El trabajo en RENFE: un análisis de género", *Sociología del Trabajo,* núm. 50, 2003/2004.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Cristina, "Genealogía de la vindicación", Beltrán, Elena y Maquieira, Virginia (Eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.

SANTAMARÍA IBEAS, Javier, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Burgos, Dykinson, 1997.

SANZ DE PABLO, Pablo, "La figura profesional de 'agente de igualdad': análisis de género y propuestas de adecuación", Barrere Unzue-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ta, María Angeles y Campos, Arantza (coord.): *Igualdad de oportunidades e igualdad de Género: una relación a debate*, Dykinson, 2005.

SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia*, Alianza, Madrid, 1988.

SEGURA ORTEGA, Manuel, La igualdad como fundamento de los derechos humanos, A.A.V.V., *El principio de igualdad en la Constitución Española,* XI Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SIERRA HERNAIZ, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.

_____, "La Sentencia Marschall: ¿un avance de la acción positiva en el Derecho Comunitario? Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95", *Asuntos Laborales*, núm. 22, 1998.

SINGER, Peter, *Ética y práctica*, Ariel, Barcelona, 1984.

STANG DAHL, Tove, *El derecho de la mujer*, Vindicación feminista, Madrid, 1991.

STOLKE, Verena, "La mujer es puro cuento: la cultura del género", *Estudos Feministas,* Florianópolis, vol. 12, num. 2, maio-agosto, 2004.

SUÁREZ LLANOS, María Leonor, *Teoría Feminista, Política y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.

THRELFALL, Mónica, "¿Feminismo de Estado o Feminismo de Partido?. Las estrategias políticas feministas", *Revista Internacional de Sociología*, vol. 23, 1999.

TOMÁS Y VALIENTE, Quico y PARDO, Paco, *Antología del disparate judicial,* Plaza y Janés, 2001.

TUBERT, Silvia. (Ed.). *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid, 2003.

VALCÁRCEL, Amelia, *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

_____, *El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002.

VALIENTE, Celia, "El feminismo Institucional en España. El Instituto de la Mujer 1983-1994", *Revista Interna de Sociología*, vol. 13, 1996.

VARGAS-MACHUCA ORTEGA, Rioseco, "Democracia e Igualdad", en Valcárcel, Amelia, *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

VOGEL-POLSKY, Eliane, "A propósito de la Sentencia Marschall. El estatuto de las acciones positivas en Derecho Comunitario", *Relaciones Laborales*, vol. 9, 1999.

WEST, Robin, *Género y Teoría del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2000

WOLF, Virginia, *Una habitación propia*, Seix Barral, Barcelona, 2001.

WOLLSTONECRAFT, Mary, *Vindicación de los derechos de la Mujer*, Barcelona, Debate, 1998.

ZOCO ZABALA, Cristina, "Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)", *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (1981-2002), Bosch, Barcelona, 2003.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 14

DISCIPLINA, SOBERANÍA, GUBERNAMENTALIDAD: FOUCAULT Y LA TEORÍA JURÍDICA.

Anne Barron*

Sumario: I. *Práctica.* II. *Poder.* III. *Derecho.* IV. *Historia.* V. *Bibliografía.*

El propósito de este capítulo es el proporcionar una introducción crítica a los escritos de Michel Foucault sobre la forma como opera el poder en las sociedades modernas, y en particular el explorar las implicaciones de estos escritos para la teoría jurídica. Se comienza con tres advertencias. Primero, la *oeuvre* de Foucault cubre un vasto lienzo y es tan variada en sus temas como para resistir cualquier intento de una síntesis ordenada. Segundo, esta obra desafía la explicación en términos de las categorías comunes del discurso académico: el vocabulario de Foucault, sus preocupaciones y sus métodos de análisis, aunque claramente informados por (entre otras) las disciplinas de la filosofía, la historia, y la sociología, sistemáticamente se mofan de las convenciones académicas que rigen estas disciplinas y constantemente transgreden los límites entre ellas. Tercero, entre las múltiples etiquetas que se le pueden atribuir a Foucault, la de "teórico jurídico" es singularmente inapropiada, puesto que él no fue un teórico jurídico en ningún sentido convencional del término. Esto es en parte porque Foucault habría negado que estaba produciendo una "teoría" de cualquier tipo en cualquiera de sus obras; en parte porque el derecho no fue en ningún caso una de las mayores preocupaciones de su trabajo, ni siquiera en su trabajo sobre el poder.

El trabajo de Foucault tiene mucho en común con el marxismo. En un sentido general, lo que comparte con el marxismo es una tendencia a descentralizar la conciencia del individuo como el origen de todo conocimiento, acción y juicio humanos. Para entender a Foucault, entonces, al igual que para entender a Marx, se requiere sobre todo captar la inversión radi-

* Reader in Law, London School of Economics, Inglaterra. (Traducción de Piero Mattei-Gentili. Revisión de la traducción y notas por Jorge Luis Fabra Zamora)

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 501-562.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cal que él perpetra en nuestra reconfortante forma "auto-centrada" de ver el mundo y nuestro lugar dentro de éste. Generalmente en la cultura liberal moderna, la soberanía del individuo —la voluntad humana responsable, elegidora e iniciadora— simplemente se dada por sentada como el fundamento y la *raison d'etre* de todas las instituciones sociales, culturales y políticas. Este supuesto es generalmente considerado como tan auto-evidente que ni siquiera requiere especial atención o justificación. Se encuentra profundamente enraizado como la premisa no articulada de nuestras prácticas diarias y de nuestras rutinas, y se recurre a él implícitamente en el modo en el que atribuimos y evaluamos los logros humanos en el arte y en la ciencia, al igual que en el modo en que nos involucramos en los sistemas jurídicos y políticos. El lenguaje de los DERECHOS (subjetivos) es, después de todo, el lenguaje a través del cual el derecho (objetivo) y la política liberales se conducen, y este discurso asume que los individuos son los portadores de los derechos reclamados ante los tribunales y cabildeados en el Parlamento. No sorprendente, entonces, que la prioridad del individuo sea también fundamental a la teoría jurídica liberal. Esto es particularmente evidente en los primeros trabajos de Ronald Dworkin, donde la categoría de individuo autónomo juega un papel central en la explicación y justificación del sistema jurídico: aquí, el derecho es presentado como constituido por principios que a su vez se fundan en el derecho del individuo a un igual protección y respeto por sus elecciones.[1] Y aunque Dworkin deliberadamente distingue su posición del ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, el mismo compromiso básico con la soberanía del individuo que elige puede ser también visto en el trabajo de teóricos como Posner o Coase, para quienes el derecho es un instrumento que sirve para garantizar la eficiencia, y la eficiencia consiste en la satisfacción de preferencias individuales, que se revela en las decisiones sobre compra actuales o proyectadas.

En contraste, el pensamiento marxista profesa que todas las formas de conciencia, incluyendo la conciencia moderna del ser como un individuo soberano, son *efectos de* las prácticas sociales, y no *anteriores* a ellas: específicamente, a las prácticas de producción, prácticas de trabajo en el mundo con la visión de producir los medios de sobrevivencia y reproducción. Así como las prácticas de producción cambian con el tiempo, las formas de conciencia también cambian, y la forma de conciencia que genera la sensación de ser individuos soberanos es el efecto histórico específico de las

[1] Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, 1982 [1977]. Véase, TEORÍA INTERPRETATIVISTA DEL DERECHO.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

prácticas de producción capitalistas. Por supuesto, hablar de prácticas de producción "capitalistas" implica que uno puede interpretar tales prácticas como portadoras de una cierta forma o estructura que les permite ser identificadas y analizadas. De hecho es fundamental para el enfoque marxista de la historia ver las prácticas de producción como organizadas en referencia a las relaciones de poder que cambian con el tiempo en respuesta a una particular dinámica de evolución. Para el analista marxista, la producción capitalista se organiza alrededor de una jerarquía entre capitalistas y trabajadores: los capitalistas son dueños de los medios de producción; los trabajadores no poseen nada más que su fuerza de trabajo y deben venderla a la clase capitalista para sobrevivir. Dado que la producción capitalista requiere como modelo la subjetividad un agente para quién un particular tipo de elección –la elección de vender la propia fuerza de trabajo– pueda ser vista como natural, la ideología capitalista en realidad genera la figura de la soberanía individual, aunque la representa una figura previa y posibilitadora de las relaciones capitalistas de producción e intercambio. Es este sujeto burgués el que se institucionaliza en el derecho como el sujeto jurídico universal, caracterizado por una libertad abstracta de (y responsabilidad por) decisión y acción. Las inequidades que caracterizan las relaciones sociales reales entre los individuos en las sociedades capitalistas son enmascaradas mediante la igualdad meramente formal de las personas consideradas como sujetos jurídicos.

Al igual que la explicación materialista de Marx del individuo burgués, las "genealogías" de Foucault del sujeto moderno también pretenden revelar las practicas que producen esas experiencias de autonomía y autodeterminación en el sujeto. Foucault también ve estas prácticas como mantenidas por el poder, y considera que el ideal de Estado de derecho y la imagen de relaciones sociales que presupone –una serie de intercambios libres entre ciudadanos iguales– disfraza las inequidades y formas de dominación que se encuentran ligadas a éstas. Además, Foucault se une a Marx en cuestionar una narrativa particular del cambio histórico: esa historia (que incluye la historia jurídica) puede ser explicada como el desbaratamiento progresivo de todas las restricciones sobre la soberanía de individuo autónomo, y que el *telos* de la historia es la emancipación de este individuo de todo aquello que se ponga en el medio de su autodeterminación. No obstante estos paralelos, el entendimiento de Foucault de las "prácticas", el "poder", y las relaciones entre este "poder" y el derecho es bastante diferente de cualquier cosa que pueda ser caracterizada como marxismo; y la propia concepción de la historia de Foucault se aleja radicalmente de la de

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Marx en varios aspectos fundamentales. Cada uno de estos temas –práctica, poder, derecho e historia– serán considerados a continuación.

I. Práctica

¿Qué tiene exactamente en mente Foucault cuando se refiere a las "prácticas"? Esta es una cuestión difícil de responder, pero es importante abordarla brevemente puesto que de otro modo la importancia de los grandes temas de Foucault, así como las bases de su método para explorarlos, probablemente sean malentendidos.

Es útil comenzar con definiciones ordinarias de diccionario de la palabra "práctica". *Una* práctica puede ser entendida, por un lado, como una rutina habitual o un ritual: simplemente, aquello que se realiza comúnmente. Por otro lado, *practicar* es entrenar, a menudo con una visión de lograr que algo que no se hace con naturalidad (escribir o mecanografiar, por ejemplo) se pueda realizar con facilidad, sin pensarlo, de forma tal que su misma artificialidad —por el hecho de que *ha* sido aprendido— sea olvidada o reprimida. Las prácticas —consideradas tanto como rutinas y efectos del entrenamiento— son simultáneamente lo más y lo menos visible del fenómeno. Son lo más visible puesto que son más o menos generalizadas, y porque ellas preceden y permiten las manifestaciones de la cultura supuestamente más profundas e importantes. (Sin poder leer y escribir, por ejemplo, ¿cómo sería posible para un autor escribir un trabajo en teoría jurídica?). Son las menos visibles puesto que tienden a ser consideradas como acompañamientos neutrales, técnicos y mundanos de nuestras acciones y decisiones más importantes. Parte (aunque no todo) de lo que Foucault quiere decir por la noción de práctica es capturado por estas definiciones comunes. De forma muy amplia, se puede decir que la preocupación de Foucault en gran parte de su trabajo sobre el poder es prestar atención cercana a lo que aparentemente serían prácticas sin consecuencias: revelar cómo éstas toman forma y se consolidan, cómo interactúan entre sí, y cómo apuntalan el fenómeno mayor sobre el cual el análisis social "serio" se enfoca excluyendo de todo lo demás. La variedad de prácticas que según el punto de vista de Foucault ameritarían este tipo de atención parecerían (al menos) ser infinitas, y es inmediatamente obvio que Foucault se encuentra interesado en un rango de fenómenos más amplio que las prácticas de producción en el sentido marxista. Tan amplio es, de hecho, que podría cuestionarse si la noción de práctica tiene en absoluto algún objetivo analítico

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en el trabajo de Foucault. A veces el lector podrá tener la impresión de que lo que se ofrece aquí es simplemente un tipo de híper-positivismo: el registro implacable de un sinfín de pequeños detalles escogidos de una amplia gama de contextos, sin un intento de delinear estas particularidades en patrones más amplios (tales como el "modo de producción" marxista) o atribuirles una sola causa de determinación (tales como la contradicción entre las fuerzas y las relaciones de poder). Cada una de estas impresiones debe ser explorada un poco más.

1. *¿Regímenes de Prácticas?*

En un ensayo intitulado "Cuestiones de Método", Foucault ofrece la siguiente explicación sobre la naturaleza de su investigación:

> Es cuestión de analizar un régimen de prácticas –prácticas entendidas aquí como lugares donde se conocen y se interconectan lo que se dice con lo que se hace, las reglas impuestas con las razones dadas, lo planeado con lo que se da por sentado–. Analizar los "regímenes de prácticas" significa analizar los programas de conducta que tienen tanto efectos prescriptivos respecto de lo que se ha de hacer (efectos de "jurisdicción") y codificar efectos respecto a lo que ha de ser conocido (efectos de "veridicción").[2]

De esto queda claro que en realidad Foucault está interesado en las fuerzas –o "regímenes – que conectan y dan un patrón a los pequeños detalles de la vida diaria en la sociedad moderna. El concepto de "lugar", primero que todo, se refiere en este contexto no a una locación física, sino a un conjunto de procedimientos, rutinas, instituciones y formas de saber: una red de prácticas. Sin embargo el pasaje anterior es algo más específico: Foucault caracteriza los elementos que componen un "lugar" diciendo que incluyen "lo que se dice [y] lo que se hace, las reglas impuestas [y] las razones dadas, lo planeado [y] lo que se da por sentado". Debo señalar tres puntos adicionales en conexión con esto. Primero, parece aquí que Foucault está enfatizando la igual importancia de "lo que se dice y lo que se hace" –discurso y acción– para dar forma a los "lugares". Segundo, él indica que "las reglas impuestas y las razones dadas" –códigos prescriptivos y saber científico– de algún modo se encuentran mutuamente involucrados en la constitución de estos "lugares". Tercero, él parece sugerir que la noción de lugar acomoda tanto "lo planeado y lo que se da por sentado": se acomodan tanto los programas –esquemas explícitos de acción– como aquellos mecanismos apa-

[2] Foucault, Michel, "Questions of Method" en Burchell, Graham; Gordon, Colin & Miller, Peter (eds.) *The Foucault Effect*, Londres, Harvester, 1991, p. 75

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

rentemente neutrales y técnicos que son los medios indispensables pero "que se dan por sentado" para hacer funcionales estos esquemas.

El método de análisis de Foucault será explorado en la sección II. Por el momento, sin embargo, se puede señalar una conclusión: observar los "lugares" en el sentido foucaultiano es reconocer que aunque el más pequeño de los mecanismos puede de hecho ser interesante y significativo, éstos deben ser situados en relación con otros elementos con los cuales forman grandes redes para que ese análisis pueda aportar datos de algún valor. Es precisamente porque Foucault se interesa en estas grandes redes que etiquetarlo de un mero cronista del detalle y la particularidad sería erróneo. De hecho existe un doble movimiento en su trabajo, y el estudio de Foucault sobre el nacimiento de la prisión, *Vigilar y Castigar*,[3] lo ilustra bien. Por un lado, Foucault busca en este libro diseccionar exhaustivamente la prisión, descomponerla en sus partes más pequeñas, de modo que no la veamos más como una "cosa" unificada sino como un complejo ensamblaje de prácticas heterogéneas. La razón de este movimiento es deshacer cualquier sentido de lo "se da por sentado" sobre la prisión: exponer las grietas en el edificio, por decirlo así, e inducir una nueva sensibilidad a la pura contingencia de las intersecciones que permiten a sus muchas partes el aparecer como si formasen un todo cuasi-natural. Sin embargo, el segundo movimiento consiste en reconstruir la prisión, es decir, darle sentido de una nueva manera, y este segundo movimiento es al menos tan importante para el proyecto de Foucault en *Vigilar y Castigar* como el primero. Como lo pone en "Cuestiones de Método", "mientras más se destruyan los procesos bajo análisis, más se encontrará en la posibilidad e incluso en la obligación de construir sus relaciones externas de inteligibilidad".[4] En otras palabras, a Foucault le preocupa simultáneamente deshacer las explicaciones recibidas para un fenómeno como el encarcelamiento, y construir nuevas bases de análisis para éstas que puedan permitir que su inteligibilidad sea apreciada de forma diferente.

Entonces, desde la perspectiva de Foucault, las prácticas efectivamente tienen una cierta lógica; el orden social, como resultado, tiene un grado de coherencia y diseño, aunque no en la manera, o por las razones, que usualmente imaginamos: su hipótesis es que las prácticas "poseen hasta cierto punto sus propias regularidades, lógica, estrategia, auto-evidencia y

[3] Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, traducción al español de Aurelio Garzón del Camino, Buenos Aires, Siglo XXI, 1976.

[4] Foucault, "Questions of Method", *op. cit.*, p. 77.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

'razón' específicas. Es cuestión de analizar un 'régimen de prácticas' …".[5] Así que, como exploraremos más a profundidad en la sección II, él sostiene que el advenimiento del encarcelamiento en los inicios del siglo XIX es inteligible en relación con la propagación de lo que entonces era una nueva forma de poder –una nueva "tecnología política del cuerpo"– que él denomina poder disciplinario. La nueva red de análisis de Foucault revela un cúmulo de prácticas que son constitutivas de esta "tecnología": procesos de división del espacio y el tiempo, procesos de sujeción a los individuos a ejercicios graduados con el objetivo de construir sus capacidades, y procesos de sincronización de estas capacidades con las de otros. Todo esto, él sugiere, es forzado por una combinación de "observación jerárquica" y "juicio normalizador" orientados hacia el ordenamiento de "masas peligrosas" de personas y la producción de individuos que sean más obedientes y más útiles. El diseño de Jeremy Bentham de una prisión "panóptica" –un bloque circular de celdas con una torre en el medio, dentro de la cual cada habitante de cada celda podía ser visto en todo momento– es, para Foucault, la "figura arquitectónica"[6] del poder disciplinario. Aunque ninguna prisión fue construida bajo este diseño, la visión de Foucault es que no debe ser desechada como una "pequeña utopía curiosa",[7] ni que su significado deba ser limitado solamente al ámbito de la política penal. El Panóptico expresaba una lógica y condensaba un conjunto de técnicas que emergieron, aunque en una forma dispersa, en otros lugares sociales en aproximadamente el mismo tiempo y fueron altamente efectivas en la transformación de los medios de control poblacional y el manejo de la conducta en amplio un rango de contextos: este "es el diagrama de un mecanismo de poder referido a su forma ideal".[8] Como tal, ello podría ser desligado de cualquier uso específico y aplicado a varios propósitos: "Siempre que se trate de una multiplicidad de individuos a los que haya que imponer una tarea o una conducta, podrá ser utilizado el esquema panóptico".[9]

Como veremos, la nueva red de análisis de Foucault saca a la luz –y agrupa en un "régimen"– prácticas que serían ignoradas o mantenidas separadas entre sí en versiones más ortodoxas de la historia, donde serían consideradas "humildes modalidades, procedimientos menores, … simples

[5] *Idem*, p. 75.
[6] Foucault, *Vigilar y Castigar, op. cit.*, p. 203.
[7] *Idem*, p. 227.
[8] *Idem*, p. 208.
[9] *Idem*, p. 209.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

instrumentos".[10] El resultado es un reporte único e innegablemente sugerente del funcionamiento de una distintiva modalidad moderna del poder.

2. *Prácticas y Causalidad*

La cuestión de qué cimienta un régimen de prácticas tales como la prisión o la disciplina en general genera difíciles problemas filosóficos que apenas podemos tratar aquí. Basta por el momento notar que todas las preocupaciones de Foucault se encuentran relacionadas con el "cómo" en vez del "por qué" de las prácticas, y que él sistemáticamente se abstiene señalar con precisión una sola causa que determine los "regímenes" que pretende descubrir. Foucault, por así decirlo, se encuentra primordialmente interesado en la lógica de cómo las prácticas funcionan como un conjunto. Esta lógica, él sugiere, es interna a las prácticas mismas: no es dada por las ideologías, ni determinada por circunstancias materiales, ni derivada de las "necesidades" de las instituciones (tales como el Estado) o de grupos de interés (tales como la clase capitalista). Aunque el nuevo tipo de inteligibilidad que Foucault dice descubrir es diversamente descrito como racionalidad, sistema, y —más provocadoramente— "estrategia", su método no presupone una agencia a la cual esta inteligibilidad sea atribuible: las estrategias son endógenas a las prácticas que las forman, y se dice que son "sin estrategas". Ellas emergen de los soportes que las prácticas encuentran en otras, y el resultado es lo que Foucault llama un *dispositif* (aparato), una estructura de relaciones flexibles y contingentes, aunque relativamente estables, entre prácticas. Esta es la estructura que Foucault busca descifrar, tomando en cuenta tanto la contingencia de estas relaciones, como su relativa estabilidad y durabilidad.

Pero si las prácticas no tienen un fundamento último, ¿debemos asumir que son por sí mismas un fundamento, o, para utilizar terminología marxista, una "base"? Hemos de ser precavidos aquí, porque aunque Foucault caracteriza las prácticas como una compleja interacción de acción y saber, en últimas él rechaza la metáfora base(actividad)/superestructura(ideas) que organiza el pensamiento marxista. Como vimos, la acción para Foucault se encuentra profundamente entrelazada con "lo que se dice", con el "discurso". Ahora bien, el discurso es vagamente análogo con el concepto marxista de "ideología", en el específico sentido de que, como las ideologías, los discursos son "las prácticas que sistemáticamente forman los objetos

[10] *Idem*, p. 175.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

de los que hablan":[11] construyen las "realidades" que se supone meramente deben reflejar o describir. Sin embargo, Foucault crucialmente negaría que el discurso es directa o indirectamente generado por la acción productiva, o incluso por la acción en general: él simplemente rechazaría cualquier distinción rígida de la variedad base/superestructura. Lejos de estar situados a diferentes "niveles", uno anterior al otro, la acción y el discurso son inextricables. Esto no es sólo porque la acción en un "objeto" particular requiere conocimiento de ese objeto, sino también porque el discurso mismo es práctico (en el sentido ordinario de la palabra), y no es simplemente especulativo. A Foucault le interesa lo que el discurso *hace*, no simplemente lo que *dice*: cómo *forma* "los objetos de los que habla". Esto lo lleva a poner igual o mayor atención a los procesos de producción y registro del saber –métodos de observación, técnicas de registro, procedimientos para estudio e investigación– así como a los contenidos de ese saber (*e.g.* teorías de la delincuencia, sus signos y causas) una vez producido. Por lo tanto él particularmente enfatiza las técnicas para demarcar, mesurar, observar, e interpretar "objetos" que preceden y permiten el contenido de cualquier discurso acerca de ellos; y los modos de escribir y registrar que restringen las formas materiales que el discurso pueda tomar.

Una interpretación plausible de los complejos acción/discurso de Foucault, no obstante, podría ser que éstos —es decir, las estructuras o aparatos que forman a través de su mutua interconexión— son fundacionales en relación al orden social moderno como un todo. La noción de "estrategia" es de nuevo relevante aquí. Ya he sugerido que Foucault utiliza esta noción para explicar cómo la multiplicidad de elementos que comprenden un complejo acción/discurso se combinan para formar una red de relaciones más o menos coherente. No obstante él también sugiere que, habiendo así emergido de los mutuos refuerzos que estos elementos encuentran entre sí, las estrategias alcanzan una "cristalización institucional [que] toma forma en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales".[12] Esto parece implicar que es basándose en tales estrategias que la modernidad (la cual para Foucault incluye —pero no es definida por— la moderna economía capitalista, el Estado moderno, y la ideología burguesa) ha tomado forma. Las estrategias inmanentes a las prácticas sociales, Foucault parecería sugerir, son los accesorios indispensables sobre los cuales se sostienen las grandes estructuras características de la modernidad. Desde esta perspectiva, incluso la "base" marxista comienza a parecer "superes-

[11] Foucault, Michel, *Arqueología del saber,* Buenos Aires, Siglo XII, 1970, p. 81.

[12] Foucault, Michel, *Historia de la Sexualidad 1: La voluntad del saber,* traducción al español de Ulises Guiñazú, México, Siglo XXI Editores, 1991, p. 113.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tructural", y de hecho Foucault abiertamente contrasta su aproximación con lo que llama "análisis descendente",[13] de acuerdo con el cual un desarrollo tal como el nacimiento de la prisión se explica por deductivamente derivado de la premisa que "la burguesía se ha vuelto, a partir de los siglos XVI y XVII, la clase dominante".[14] Aquí Foucault claramente se refiere a una aproximación en líneas generales marxista a la explicación social, la cuál daría cuenta de toda característica de la modernidad, incluyendo el nacimiento de la prisión como la forma dominante de castigo en el siglo XIX, en referencia a los requerimientos de la producción capitalista. Una simple deducción de la premisa marxiana, por ejemplo, podría ser que las prisiones emergieron en este momento porque fueron sitios donde una subclase criminal –potencialmente un equipo de recursos laborales– podía ser rehabilitada para el mundo del trabajo y así convertirla en económicamente útil. Aunque no niega que el nacimiento de la prisión se encuentra conectado con el nacimiento de la fábrica, el argumento de Foucault sobre la naturaleza de esta conexión es sutilmente diferente: la "estrategia" disciplinaria refinada en la prisión —y en otras instituciones cerradas, como la escuela, el hospital y el cuartel militar— tenía su trayectoria específica, y su nacimiento fue si acaso una precondición, en vez de un efecto, del crecimiento de la economía capitalista y del Estado moderno. "La burguesía se burla completamente de los delincuentes, de su castigo o de su reinserción, que económicamente no tienen mucha importancia, pero se interesa por *el conjunto de los mecanismos* mediante los cuales el delincuente es controlado, seguido, castigado, reformado, etc.".[15] En cierto punto alrededor de los finales del siglo XVIII, este conjunto de mecanismos comenzó "[a revelar] un beneficio político, y también eventualmente una cierta utilidad económica"[16] y, "de golpe, se encontraron naturalmente colonizados y sostenidos por mecanismos globales, por el sistema del Estado".[17] Desde el más pequeño de los comienzos, por así decirlo, estos mecanismos y la racionalidad codificada dentro de ellos, gradualmente se enraizó en cada esquina de la sociedad moderna. "Es partiendo de estas técnicas de poder y mostrando sus beneficios económicos o las utilidades políticas que de ellos se derivan, en un contexto dado y por determinadas razones, como se puede com-

[13] Foucault, Michel, "Curso del 14 de enero de 1976" en *La microfísica del poder,* Madrid, Ed. La Piqueta, 1979, p. 145.

[14] *Ibidem.*

[15] *Idem.*, p. 147 (énfasis añadido).

[16] *Ibidem.*

[17] *Idem,* p. 146.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

prender que de hecho estos mecanismos terminen por formar parte del conjunto".[18]

El proceso por el cual los "mecanismos" llegan a formar "conjuntos", que a su vez son "colonizados" por "mecanismos [incluso] más grandes"[19] que organiza el "conjunto social" es un aspecto de lo que Foucault llama "poder". Es a ese gran tema que ahora nos dirigimos.

II. Poder

Hasta ahora, hemos considerado la relevancia de los trabajos de Foucault sobre las prácticas (acciones de intersección y discurso), sistema de prácticas, estrategias inminentes a los sistemas, y los grandes arreglos sociales e instituciones en los cuales las estrategias son incorporadas. Cada uno de estos fenómenos revela una diferente dimensión de los principales focos de estudio de Foucault, el cual es el "poder". Más precisamente, cada uno ocupa un diferente nivel en el "análisis *ascendente* del poder",[20] que Foucault se interesa primordialmente en desarrollar. Es el poder el que efectúa la intersección de saber y acción que es característica de la práctica; es el que organiza las prácticas en "cadenas o sistemas"; y es el que dirige estos sistemas hacia los intersticios del Estado, la economía y la sociedad. Es el poder, para resumir, lo que hace efectivo e inteligible al orden social.

Esta es una afirmación fuerte, y lo que lo hace aún más contenciosa es la insistencia de Foucault de que el poder puede hacer todo esto, y sin embargo no tener ninguna de las características que son normalmente atribuidas a él por los teóricos sociales y políticos. El poder no es aquel que se encuentra concentrado en el Estado o cualquier otra "única fuente de soberanía" tal como la clase dominante. El poder no es algo adquirido o poseído: no es ni una "cosa", ni una "palanca". El poder no es violencia, y tampoco es una forma de regulación que se efectúe exclusivamente a través de la ley. Foucault rechaza toda afirmación sobre el poder que lo observe como un despliegue de fuerza física para apabullar o dominar los cuerpos de los individuos (así imponiendo límites en su capacidad de percibir y perseguir sus verdaderos intereses), o que implique la represión del deseo auténtico (por lo tanto, desvaneciendo la verdadera subjetividad del reino de la inconciencia). El poder, para Foucault, no es ni represivo ni prohibiti-

[18] *Ibidem.*
[19] *Idem,* p. 145.
[20] *Idem,* p. 143.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

vo. El poder ni siquiera se opone a la libertad: al contrario, "[e]l poder es ejercido únicamente sobre sujetos libres, y únicamente mientras sean libres".[21] Se deriva de esto que el poder tampoco es opuesto a la verdad. Tradicionalmente, la relación entre el poder y la verdad ha sido concebida como una en la que el poder excluye a la verdad, y la verdad al poder: ambos son antitéticos el uno para el otro. Pero esta visión, sostiene Foucault, depende precisamente de la representación del poder como represión. El poder-como-represión suprime el deseo, fomenta la falsa conciencia, promueve la ignorancia: es un instrumento que previene o al menos distorsiona la formación del verdadero saber. Para Foucault, al contrario, el poder y la verdad se implican entre sí directamente: la verdad es un efecto del poder y a su vez reproduce poder.

Entonces, se sigue de todo esto, que cuando Foucault se refiere al "poder", no entiende "el Poder" "como un grupo de instituciones y mecanismos que aseguran la subordinación de los ciudadanos a un determinado Estado". Pero dado que esto es así, ¿qué concepción positiva del poder permanece tras los pasos todas estas negaciones y refutaciones? Y, ¿cómo funciona, si no es a través de violencia, reglas, ideología o represión? El método de Foucault imposibilita una respuesta directa a estas cuestiones, y en general él no se prestaba a reducir los resultados de sus *análisis* del poder a proposiciones ordenadas que pudieran formar las bases de una *teoría* "foucaultiana" del poder.[22] Por esta razón, la sección II.1 comenzará a explorar la concepción foucaultiana al abordar la "genealogía" del poder disciplinario presentada en *Vigilar y Castigar*, probablemente la obra más

[21] Foucault, Michel, "El sujeto y el poder", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 50, núm. 3, p. 15.

[22] En el ensayo intitulado "El Sujeto y el Poder", *op. cit.* – en la sección denominada "¿Por qué estudiar el Poder?" – Foucault niega que una "teoría del poder sea analíticamente útil, y advierte que no se deben interpretar las ideas expresadas en este ensayo como representativas de una teoría o de una metodología. Aunque concede que "no puede llevarse a cabo sin una conceptualizacion progresiva" del poder (*Idem*, p. 4), él insiste que éste sea interminablemente revisado, requiriendo "revisión constante" (*Ibidem*). Como consecuencia, la conceptualización de Foucault, junto con sus afirmaciones sobre los fines a los que se dirige el poder en la sociedad moderna, sufre una serie de transformaciones entre 1975 (año en el que *Vigilar y Castigar* fue publicado en Francia) y la muerte de Foucault en 1984. Durante este periodo, el objeto de la investigación de Foucault cambia de una preocupación con la producción de cuerpos "dóciles" como objetos silenciosos a través del funcionamiento de tecnologías disciplinarias, a la activación de la consciencia interna del objeto parlante a través de la operación de tecnologías confesionales, a la regulación de toda la población a través de la gubermentalidad, y últimamente a la interacción de todas estas formas (véase, secciones III y IV)

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

famosa de Foucault.[23] Dispersos en sus escritos de finales de los setentas e inicios de los ochentas, sin embargo, existen unos cuantos textos en los cuales Foucault muestra una voluntad de reflexionar en un nivel más abstracto acerca de la figura del poder que emerge de sus estudios y sobre los procedimientos metodológicos que son necesarios para desvelarla. La sección II.2 busca sintetizar las generalizaciones que emergen de éstos.

1. *Poder Disciplinario*

De nuevo, la prácticas son el punto de inicio para el análisis de Foucault sobre la disciplina, caracterizada en *Vigilar y Castigar* como una "tecnología política del cuerpo". Podría decirse que esta caracterización captura los rasgos esenciales de la concepción de Foucault sobre el poder, y nuestra labor principal en esta sección será el explorar lo que quiere decir con esto.

Foucault comienza su análisis de la tecnología disciplinaria (en un capítulo reveladoramente titulado "Los Cuerpos Dóciles"), con la observación de que el siglo XVIII vio un gran incremento en la atención que se le puso al cuerpo "como objeto y blanco de poder":[24] como un instrumento que podía ser entrenado y manipulado, cuyas fuerzas podían ser extraídas e incrementadas. Los libros acerca de la anatomía del cuerpo humano proliferaron al mismo tiempo que emergieron nuevas instrucciones y métodos para controlar las operaciones de los cuerpos de los soldados, de los niños en edad escolar, de los trabajadores —todos aquellos cuyas actividades requerían ser cercanamente coordinadas con las actividades de una gran número de otras personas—. Durante este periodo, Foucault sostiene, la cuestión de la inteligibilidad del cuerpo fue ligada a la cuestión de cómo éste podía ser más obediente y más útil. La noción de "docilidad" es invocada por Foucault para expresar estas conexiones: este término "une al cuerpo analizable con el cuerpo manipulable".[25] La producción de cuerpos dóciles, sugiere Foucault, fue la meta de un rango de proyectos sociales y experimentos que combinaban un saber sobre los límites y capacidades del cuerpo humano con técnicas para intervenir en él y mejorar su funcionamiento. A su vez, el cuerpo dócil fue constituido de manera tal que funcionara más eficientemente, de modo que también se volviera más obediente,

[23] Véase la sección IV para una explicación del significado de "genealogía" en este contexto.

[24] Foucault, *Vigilar y Castigar, op. cit.*, p. 140.

[25] *Idem.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

y *vice versa*. Lo que era nuevo acerca de estos "proyectos de docilidad"[26] comparados con anteriores regímenes de regulación corporal (*e.g.* esclavitud, vasallaje, y servicio) fue la escala, el objeto y la modalidad de los controles que imponían. Su objetivo era minucioso: el cuerpo era ahora visto no como una unidad indiferenciada sino como un complejo mecanismo compuesto de una multiplicidad de componentes y procesos, cada uno de los cuales —individualmente y en su relación con otros— se volvió objeto de continua e implacable supervisión. "A estos métodos que permiten el control minucioso de las operaciones del cuerpo, que garantizan la sujeción constante de sus fuerzas y les imponen una relación de docilidad-utilidad, es a lo que se puede llamarlas 'disciplinas'".[27] El poder disciplinario "incremente las fuerzas del cuerpo (en términos económicos de utilidad) y disminuye esas mismas fuerzas (en términos políticos de obediencia)".[28] Su emergencia fue gradual, y tomó diferentes formas en diferentes locaciones institucionales, pero dondequiera que apareciera, la disciplina se caracterizaba por ciertas técnicas esenciales que "definían un cierto modo de adscripción política y detallada del cuerpo, una 'nueva microfísica' del poder".[29] Todas estas técnicas involucraban un proceso de división —de espacio, del tiempo, y de los movimientos o gestos relativos a cada quien, a los objetos externos, a los movimientos y gestos de otras personas—. En lo que sigue, los elementos de la disciplina serán descritos parcialmente en presente, puesto que aunque tomó forma en el siglo XVIII, podría decirse que la disciplina permanece, para Foucault, como una forma característica del poder en las sociedades modernas.

En primera instancia, "la disciplina procede… [de] la distribución de los individuos en el espacio".[30] En ocasiones esto, aunque no necesariamente, involucra el cercamiento de espacios particulares —escuelas, cuárteles, hospitales, fábricas—, pero la división del espacio es de importancia más fundamental: "[e]l espacio disciplinario tiende a dividirse en tantas parcelas como cuerpos o elementos que repartir hay".[31] Aquí el antiguo modelo arquitectónico de la celda monástica encontró una nueva aplicación —"el espacio disciplinario es siempre, en el fondo, celular"—[32] pero fue adapta-

[26] *Idem.*
[27] *Ibidem*, p. 141.
[28] *Ibidem*, p. 142.
[29] *Idem.*
[30] *Ibidem*, p. 145.
[31] *Ibidem*, p. 146.
[32] *Ibidem*, p. 147.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

do para servir a una variedad de propósitos seculares sobrepuestos. Uno de éstos fue el control de masas peligrosas de personas, pero había más en la división que el simple control social. "Se fijan unos lugares determinados para responder no sólo a la necesidad de vigilar, de romper las comunicaciones peligrosas, sino también de crear un espacio útil",[33] donde lo que era considerado útil dependía de las funciones a las que el lugar estaba diseñado a servir. En las fábricas, por ejemplo, "[s]e trata a la vez de distribuir a los individuos en un espacio en el que es posible aislarlos y localizarlos; pero también de articular esta distribución sobre un aparato de producción que tiene sus exigencias propias".[34] Una fábrica para la producción de telas estampadas, construida en 1791, contenía dos filas de tablas a lo largo con trabajadores colocados al lado y estantes de productos terminados al final de cada fila. Esto, para Foucault, era un ejemplo del "espacio disciplinario", puesto que era uno en el cual las funciones productivas eran eficientemente realizadas, mientras que simultáneamente un masa de personas era efectivamente controlada, a través de tácticas de disgregación, individualización, y confinamiento de cada individuo de la masa dentro de su "célula":

> Al extremo de cada mesa hay una especie de enrejado sobre el cual deja el obrero, para que se seque, la tela que acaba de estampar. Recorriendo el pasillo central del taller es posible ejercer una vigilancia general e individual a la vez: comprobar la presencia y la aplicación del obrero, así como la calidad de su trabajo; comparar a los obreros entre sí, clasificarlos según su habilidad y su rapidez, y seguir los estadios sucesivos de la fabricación… en el nacimiento de la gran industria, la descomposición individualizante de la fuerza de trabajo; las distribuciones del espacio disciplinario han garantizado a menudo una y otra.[35]

La posibilidad de clasificar individuos, era por lo tanto, inherente al proceso de partición del espacio. La disciplina "individualiza los cuerpos por una localización que no los implanta, pero los distribuye y los hace circular en un sistema de relaciones".[36] Es en esta conexión que Foucault señala el procedimiento de elaborar "cuadros"*, o esquemas clasificatorios, como "la primera de las grandes operaciones de disciplina".[37] Los "cuadros

[33] *Idem.*

[34] *Ibidem,* p. 148.

[35] *Ibidem,* p. 149.

[36] *Idem.*

* *N. de. T.* En el original francés, *Surveiller et punir*, la palabra es "tableau". En la versión inglesa que utiliza Barrons, se traduce, más fiel al original, como "table". Hemos decidido conservar la traducción en español, puesto que se encuentra ampliamente difundida.

[37] *Ibidem,* p. 152.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

vivos" transforman a las confundidas, inútiles o peligrosas multitudes en multiplicidades ordenadas".[38] Así en las escuelas, por ejemplo, la organización tradicional del espacio educativo —donde los pupilos de todas las edades y habilidades se sientan juntos bajo el ojo de un maestro— comienzan a ser remplazadas en el siglo XVIII por la "clase", que ordenaba a pupilos de similares edades y habilidades en un mismo salón y los clasificaba. El salón de clases homogéneo, y las clasificaciones expresadas en su arreglo espacial, es un tipo de "cuadro" tridimensional. Esto hizo posible un sistema más eficiente de enseñanza que el que había prevalecido anteriormente (cada pupilo trabajando por unos minutos a la vez con el maestro mientras que el resto del grupo permanecía ocioso y sin vigilancia), al permitir una evaluación precisa y continua de cada pupilo en relación con los otros. Por lo tanto también fue un espacio disciplinario el que: "Ha hecho funcionar el espacio escolar como una máquina de aprender, pero también de vigilar, de jerarquizar, de recompensar".[39]

Cercanamente relacionada a la división del espacio se encuentra la división del tiempo. El mecanismo principal aquí fue y sigue siendo el programa. El programa, como la celda, era de origen monástico –claramente deriva de la división regular de la jornada del monje en un conjunto de labores y un ritmo de actividades– pero las disciplinas lo refinaron considerablemente. Consideremos, por ejemplo, este extracto de las reglas designadas para los presos en un reformatorio de Paris en los años treinta del siglo XIX:

> Al primer redoble de tambor, los presos deben levantarse y vestirse en silencio, mientras el vigilante abre las puertas de las celdas. Al segundo redoble, deben estar en pie y hacer su cama. Al tercero, se colocan en fila para ir a la capilla, donde se reza la oración de la mañana. Entre redoble y redoble hay un intervalo de cinco minutos. [40]

Primero, lo que vemos aquí es un partición del tiempo mucho más detallada de la que se haya intentado en los monasterios medievales: "uno comenzaba a contar en cuartos de hora, en minutos, en segundos".[41] Segundo, el tiempo medido de esta manera debe ser consumido con la mayor eficiencia: es con el nacimiento de las disciplinas, implica Foucault, que nació la noción de "tiempo de calidad" –tiempo bien utilizado con el preciso propósito para el que fue designado–. La disciplina postula que el tiem-

[38] *Idem*.
[39] *Ibidem*, p. 151.
[40] *Ibidem*, p. 14.
[41] *Ibidem*, p. 154.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

po mismo puede ser expandido al ser dividido en aún más minúsculas parcelas, y requiere que el mejor uso posible sea realizado de estas parcelas: "se trata de extraer, del tiempo, cada vez más instantes disponibles y, de cada instante, cada vez más fuerzas útiles".[42] Tercero, las disciplinas aplicaron imperativos temporales no solo a las actividades generales de los individuos, sino más allá de éstas, a los más mínimos movimientos y gestos del cuerpo. Los movimientos corporales son seccionados en actos individuales y organizados en etapas cronológicas dentro de la consecución de tareas particulares:

> Se define una especie de esquema anatomo-cronológico del comportamiento. El acto queda descompuesto en sus elementos; la posición del cuerpo, de los miembros, de las articulaciones se halla definida; a cada movimiento le están asignadas una dirección, una amplitud, una duración; su orden de sucesión está prescrito. El tiempo penetra el cuerpo, y con él todos los controles minuciosos del poder.[43]

Además, el "orden de sucesión" prescrito es siempre calculado para permitir que la serie de gestos realizados sea la más eficiente en relación con la labor o acto a ser llevado a cabo. En esta conexión Foucault refiere, por ejemplo, a la tendencia de los manuales militares del siglo XVIII de desglosar la aparentemente sencilla acción de cargar un fusil en una serie de actos mínimos realizados en varias partes del fusil por varias partes del cuerpo. Por lo tanto, una cuarta característica de las disciplinas es lo que Foucault denomina "el cifrado instrumental del cuerpo":

> Consiste en una descomposición del gesto global en dos series paralelas: la de los elementos del cuerpo que hay que poner en juego (mano derecha, mano izquierda, diferentes dedos de la mano, rodilla, ojo, codo, etcétera), y la de los elementos del objeto que se manipula (cañón, muesca, gatillo, tornillo, etcétera); después pone en correlación a los unos con los otros según cierto número de gestos simples (apoyar, doblar); finalmente, fija la serie canónica en la que cada una de estas correlaciones ocupa un lugar determinado. A esta sintaxis obligada es a lo que los teóricos militares del siglo XVIII llamaban la "*maniobra*" … El poder viene a deslizarse sobre toda la superficie de contacto entre el cuerpo y el objeto que manipula; los amarra el uno al otro. Constituye un complejo cuerpo-arma, cuerpo-instrumento, cuerpo-máquina.[44]

Si la partición del espacio es lograda por medio del programa, y la partición del tiempo por la maniobra, entonces un tercer procedimiento —el ejercicio— es instrumental para lo que Foucault llama "la disposición 'en

[42] *Ibidem*, p. 158.
[43] *Ibidem*, p. 156.
[44] *Ibidem*, p. 157.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

serie' de actividades sucesivas",[45] que a su vez es un tercer componente del poder disciplinario. "El ejercicio es la técnica por la cual se imponen a los cuerpos tareas a la vez repetitivas y diferentes, pero siempre graduadas".[46] La noción de progreso o evolución es integral a técnica del ejercicio, que liga una serie de cada vez más difíciles tareas en un programa de mejora individual orientado hacía determinada meta. Al igual que la división del espacio y el tiempo, el ejercicio tuvo una larga historia, particularmente entre las comunidades religiosas donde apareció en la forma de una secuencia cada vez más rigurosa de prácticas devocionales realizadas con el objetivo último de purificarse a uno mismo y así encontrar la salvación. Foucault cita "la idea de un 'programa' escolar que siga al niño hasta el término de su educación y que implique de año en año, de mes en mes, unos ejercicios de complejidad creciente"[47] como un ejemplo de su forma moderna y específicamente disciplinaria.

Cuarto, la disciplina requirió un medio para sincronizar los movimientos de cada individuo sujeto a estas fragmentaciones espaciales, maniobras y ejercicios con los movimientos de otros individuos. La disciplina convierte actividades "individuales" en una eficiente 'máquina": un fuerza superior a las suma de los elementos que la comprenden. El cambio en la organización de la milicia a finales del siglo XVII —del ejército como una masa de tropas, indiferenciadas excepto por referencia a las cualidades individuales de los soldados de coraje u honor, al ejército como una organización mecánica de unidades (regimientos, batallones, secciones)— es ejemplar aquí. Siguiendo la analogía militar, Foucault aplica el término "tácticas" a este proceso de organización de una combinación de fuerzas: "táctica", después de todo, es comúnmente definida como el arte de dirigir el detallado movimiento de fuerzas en pugna para lograr un objetivo.

Entonces, la disciplina comprende cuatro tipos de prácticas, correspondientes a cuatro tipos de efectos sobre aquellos individuos que son sujetos a la disciplina: "construye cuadros; prescribe maniobras; impone ejercicios; en fin, para garantizar la combinación de fuerzas, dispone 'tácticas'".[48] A lo largo del despliegue de estas cuatro técnicas, localizadas en el cuerpo, los individuos podían ser persuadidos en modos rutinarios de conducta que fuesen predecibles y útiles. Además, sin embargo, el exitoso funcionamiento de la disciplina requería procesos a través de los cuales esta conducta pu-

[45] *Ibidem*, p. 164.
[46] *Ibidem*, p. 165.
[47] *Idem*.
[48] *Ibidem*, p. 172.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

diese ser evaluada y que fuesen mejorado donde ello fuera necesario. Esto fue logrado, de acuerdo con Foucault, por prácticas de "observación jerárquica" y "juicio normalizador", que se combinaban en forma de otra técnica: el examen. Respecto a la observación jerárquica, por un lado, Foucault nota que el siglo XVIII anuncia crecimiento de una forma de poder que funciona viendo (todo, con extremo detalle), en vez de siendo visto: el "poder disciplinario, se ejerce haciéndose invisible; en cambio, impone a aquellos a quienes somete un principio de visibilidad obligatorio".[49] Este nuevo tipo de relación entre poder y visibilidad es más claramente evidenciado por la aparición de nuevas formas arquitectónicas. Los palacios y otros grandes edificios del Estado han servido por mucho tiempo para cautivar, atemorizar o inspirar a los sujetos que los observaban con su tamaño y ostentación. Los espacios disciplinarios que empezaron a surgir a inicios del siglo XVIII, al contrario, giraron su mirada meticulosa a los sujetos que encuentran en su interior: fueron instrumentos de intensa y continua vigilancia que, aunque jerárquicamente organizados. Como veremos ahora, el diseño de Jeremy Bentham para una prisión "panóptica" —un bloque circular de celdas con una torre en el medio, desde la cual cada celda podría ser vigilada todo el tiempo— es, para Foucault, el "el aparato disciplinario perfecto" puesto que "permitiría a una sola mirada verlo todo permanentemente".[50]

Por otro lado, el juicio normalizador es una forma específica del castigo disciplinario. Una serie de características lo distingue de la clase de castigo impuesto por el Estado a través del sistema criminal de justicia. Primero, su escala y regularidad: Foucault denomina castigo disciplinario a una "micro-" o "infra-penalidad" que opera continuamente en los vacíos dejados por la legislación criminal para regular las pequeñas infracciones (tales como llegar tarde al trabajo, falta de atención en clases, o un uniforme desaliñado) por una variedad de "privaciones menores y pequeñas humillaciones".[51] Esta es una forma de castigo, entonces, es continua y microscópica en vez de ocasional y espectacular. Segundo, se distingue también por lo que podría se llamados su lógica gobernante: una lógica "jurídico-natural" que involucra la ejecución de un orden constituido por reglas y normas. La diferencia entre reglas y normas es difícil de capturar, y es más complicada por el hecho de que ambos términos han sido definidos en maneras completamente incompatibles por otros teóricos. El uso que hace Foucault debe ser observado en relación con su concepción de la relación entre poder y

[49] *Ibidem*, p. 192.
[50] *Ibidem*, p. 178.
[51] *Ibidem*, p. 183.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

saber, que es explicada aquí más adelante. "Norma" en el sentido foucaultiano refiere a un estándar que representa un promedio. Por lo tanto, las normas necesariamente invocan un saber de factores "naturales" –acerca de las capacidades y límites "normales" de las personas, por ejemplo– en el proceso mismo de su formulación. Por consiguiente, visto con relación a la norma, el comportamiento no es tanto obediencia (o no) a la norma como a lo que está ampliamente distribuido alrededor de ésta: el cumplimiento es siempre relativo, una cuestión de más o de menos en vez de si o no. Por otro lado, las reglas son puestas artificialmente (hechas en vez de descubiertas), son prescriptivas en vez de descriptivas, y su aplicación puede producir solo dos resultados: observancia o no observancia. Cuando Foucault señala que "[e]n un régimen disciplinario el castigo implica una doble referencia jurídico-natural",[52] posiblemente se esté refiriendo a la dependencia recíproca de reglas y normas en tales regímenes. Por un lado, el contenido de las reglas (*e.g.* programas educacionales obligatorios; regulaciones escolares) se deriva de las normas (*e.g.* la habilidad y el comportamiento de los niños de diferentes edades). Por otro lado, el proceso de cuantificar y promediar infracciones y la observancia de las reglas para producir un modelo de individuo normalmente obediente, convierte al comportamiento guiado mediante reglas en simplemente otra fuente de normas:

> [P]or el juego de esta cuantificación, de esta circulación de los adelantos y de las deudas, gracias al cálculo permanente de las notaciones en más y en menos, los aparatos disciplinarios jerarquizan los unos con relación a los otros a las "buenas" y a las "malas" personas.[53]

Los regímenes "jurídico-naturales" de disciplina en consecuencia colocan al individuo que se encuentra sujeto a ellos bajo una *obligación a ser normal*, o al menos a no ser anormalmente "malo": la regla está "en función de esta regla de conjunto —ya se la haga funcionar como *umbral mínimo*, como *término medio que respetar* o *como grado óptimo* al que hay que acercarse".[54] En este sentido, la disciplina reconoce las diferencias entre las personas mientras que también impone homogeneidad. Habiendo descrito es sistema de grados (muy bueno, bueno, mediocre, malo y penoso) utilizado en la escuela militar francesa durante el siglo XVIII, Foucault concluye lo siguiente:

[52] *Ibidem*, p. 184.
[53] *Ibidem*, p. 186.
[54] *Ibidem*, pp. 187-8.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> Esta penalidad jerarquizada tenía, por lo tanto, un doble efecto: distribuir los alumnos de acuerdo con sus aptitudes y su conducta, por lo tanto según el uso que de ellos se podrá hacer cuando salgan de la escuela; ejercer sobre ellos una presión constante para que se sometan todos al mismo modelo, para que estén obligados todos juntos "a la subordinación, a la docilidad, a la atención en los estudios y ejercicios y a la exacta práctica de los deberes y de todas las partes de la disciplina". Para que todos se asemejen.[55]

Tercero, se deriva que el propósito del castigo disciplinario es la corrección de individuos desviados, mientras que el sistema de justicia criminal es la condenación de actos prohibidos:

> Se opone [*i.e.* el juicio normalizador]…. a una penalidad judicial, que tiene por función esencial la de referirse, no a un conjunto de fenómenos observables, sino a un *corpus* de leyes y de textos que hay que conservar en la memoria; no la de diferenciar a unos individuos, sino de especificar unos actos bajo cierto número de categorías generales; no la de jerarquizar sino la de hacer jugar pura y simplemente la oposición binaria de lo permitido y de lo prohibido; no la de homogeneizar, sino la de operar la división, obtenida de una vez por todas, de la condena. [56]

Entonces, ¿qué ocurre con el "examen"? ¿Qué rol juega en el poder disciplinario? El examen es un proceso de comparación de individuos, derivando una norma sobre las bases de ésa comparación, juzgando a aquellos mismos individuos sobre las bases de la norma como derivada, e interviniendo para aplicar la norma en relación a aquellos que se alejan de ella. El poder disciplinario se caracteriza por una constante examinación: continua vigilancia aparejada con un constante proceso de juzgar.

> El examen combina las técnicas de la jerarquía que vigile y las de la sanción que normaliza. Es una mirada normalizadora, una vigilancia que permite calificar, clasificar y castigar. Establece sobre los individuos una visibilidad a través de la cual se los diferencia y se los sanciona. [57]

Finalmente, la escritura se encuentra profundamente ligada con el poder disciplinario. "El examen que coloca a los individuos en un campo de vigilancia los sitúa igualmente en una red de escritura; los introduce en todo un espesor de documentos que los captan y los inmovilizan".[58] Un vasto archivo documental, una montaña de expedientes e informes que contienen las más minuciosas observaciones, constituye a los individuos en

[55] *Idem*, p. 187.
[56] *Idem*, p. 188.
[57] *Idem*, p. 189.
[58] *Idem*, pp. 193-4.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

"casos"; describibles, analizables, objetos de una posible normalización.[59] Por lo tanto, la disciplina marca a aquellos sobre los que es ejercida —al fijar las diferencias individuales de una manera registrada— y al hacerlo invierte la tradicional relación entre la individualización y el poder. En las sociedades feudales, mientras más cercano se es al soberano o señor feudal —el *loci* tradicional del poder— más se le distingue como individuo por las representaciones escritas y pictóricas de los bienes, el estatus o la riqueza. En los regímenes disciplinarios, por el contrario, son los marginales y los humildes quienes se convierten en el foco de atención: "el niño es más individualizado que el adulto, el enfermo más que el hombre sano, el loco y el delincuente más que el normal y el no delincuente".[60] Al mismo tiempo, el poder es des-individualizado: se encarna en un conjunto de prácticas, no en la persona de un rey u otra figura. Sendos aspectos del poder disciplinario emergen con particular claridad en el estudio de Foucault sobre la prisión "panóptica". Consideremos el destino de los prisioneros acomodados en el bloque circular de celdas alrededor de la torre central de la prisión:

> Por el efecto de la contraluz, se pueden percibir desde la torre, recortándose perfectamente sobre la luz, las pequeñas siluetas cautivas en las celdas de la periferia. Tantos pequeños teatros como celdas, en los que cada actor está solo, perfectamente individualizado y constantemente visible… Cada [individuo], en su lugar, está bien encerrado en una celda en la que es visto de frente por el vigilante; pero los muros laterales le impiden entrar en contacto con sus compañeros. Es visto, pero él no ve; objeto de una información, jamás sujeto en una comunicación…. La multitud, masa compacta, lugar de intercambios múltiples, individualidades que se funden, efecto colectivo, se anula en beneficio de una colección de individualidades separadas. Desde el punto de vista del guardián está remplazada por una multiplicidad enumerable y controlada; desde el punto de vista de los detenidos, por una soledad secuestrada y observada.[61]

Al mismo tiempo, el poder que actúa sobre el individuo delincuente es perfectamente anónimo: la máquina ni siquiera requiere de un operador humano para lograr sus efectos. El diseño de Bentham fue calculado para asegurarse de que ningún prisionero pudiese saber bien si alguien en la torre lo estaba observando o no, y por lo tanto que cada prisionero se comportase todo el tiempo como si estuviese siendo observado. El resultado paradójico, de acuerdo a Foucault, es que estos individuos objetificados, que son vistos pero no ven, internalizan la "mirada" del supervisor y comienzan a supervisarse a sí mismos:

[59] *Ibidem*, p. 190.
[60] *Ibidem*, p. 197.
[61] *Ibidem*, pp. 203-4.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> El que está sometido a un campo de visibilidad, y que lo sabe, reproduce por su cuenta las coacciones del poder; las hace jugar espontáneamente sobre sí mismo; inscribe en sí mismo la relación de poder en la cual juega simultáneamente los dos papeles; se convierte en el principio de su propio sometimiento.[62]

Se sigue que "no es necesario recurrir a medios de fuerza para obligar al condenado a la buena conducta".[63] Foucault sugiere que cualquiera que caiga en el aparato disciplinario del Panóptico desarrollará la capacidad de reflexionar sobre su comportamiento y corregirlo. De hecho, esto es probablemente el rasgo más significativo del poder disciplinario: la forma en que se abstiene del uso de la fuerza y, en vez de ello, se insinúa a sí mismo dentro de los cuerpos y mentes de los individuos, formando las mismas aptitudes que se suponen deban ser innatas al individuo —capacidades físicas, la capacidad de consciencia y autorreflexión— y trabajando con ellos, en vez de contra ellos, para producir sujetos que son al mismo tiempo "objetos e instrumentos de su ejercicio".[64] El doble significado del término "sujeto" ha de ser destacado aquí, ligado con sujeción y con la libertad de acción. Para Foucault, el sujeto de conciencia que libremente elige reformarse es un artefacto de disciplina.

Este es un momento apropiado para resumir las principales conclusiones de Foucault sobre la naturaleza y el efecto de la disciplina. Primero, la disciplina es una "tecnología", "un conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimientos, de niveles de aplicación, de metas".[65] Hemos identificados las principales técnicas, procedimientos e instrumentos que la comprenden, y sus respectivos objetivos y niveles de aplicación. Pero, ¿por qué describe a la disciplina como una "tecnología"? En el lenguaje ordinario, la tecnología es "la aplicación de la ciencia": una aplicación práctica del saber científico, usualmente en la forma de un mecanismo que es capaz de intervenir en algún objeto o proceso para producir un fin. La elección de Foucault de este término para caracterizar la disciplina es, por ende, probablemente calculada para captar la atención hacía el entrelazamiento del saber y el poder —o investigación e intervención— dentro de las técnicas que lo hacen posible. Los actos de ver y supervisar, notar y normalizar, y clasificar y corregir se encuentran profundamente acoplados en las prácticas descritas anteriormente: prácticas de división del tiempo y el espacio, vinculación de movimientos con objetos y otros movimientos, diseño de ejercicios que moldeen la conducta del individuo hacía fines particulares, y

[62] *Idem,* p. 206.
[63] *Ibidem.*
[64] *Idem,* p. 175.
[65] *Idem,* p. 218.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

entre otros. Foucault identifica los inicios del siglo XVIII como un momento crucial en la formación de una tecnología distinta derivada de estas prácticas, muchas de las cuales habían existido anteriormente en formas diversas. Es en este momento en que convergieron para "dibuja[r] poco a poco el diseño de un método general"[66] que permanece activo en la sociedad contemporánea, una sociedad a la cual Foucault a menudo se refiere como "sociedad disciplinaria" o "sociedad de la normalización". Estos complejos de poder/saber continúan envolviendo a los individuos en un denso engranaje de "procesos continuos e ininterrumpidos"[67] que entrenan y optimizan nuestras capacidades y aptitudes, gobiernan nuestros gestos, y organizan nuestras respuestas por referencia a las normas identificadas por una implacablemente vigilante "mirada". Entonces, el individuo moderno, *precisamente en su individualidad*, es un objeto dócil, normalizado, activamente constituido como tal a través de los trabajos de la disciplina.

Foucault sostiene que *es* por el hecho de que la disciplina es una tecnología que se ha mostrado tan adaptable y duradera. Como hemos visto, Foucault la detecta trabajando en varios lugares desde el inicio del siglo XVIII: no sólo prisiones, sino escuelas, fábricas, hospitales, manicomios, asilos de pobres y cuarteles. Se esparció a través de estas instituciones por la misma razón que cualquier nueva tecnología se torna ampliamente utilizada: porque funcionó mejor que había antes. "El esquema panóptico es un intensificador para cualquier aparato de poder: garantiza su economía (en material, en tiempo); garantiza su eficacia por su carácter preventivo, su funcionamiento continuo y sus mecanismos automáticos".[68] El esquema del panóptico también asegura que este crecimiento en la eficiencia de los "mecanismos" del poder mejore los resultados de las instituciones (educacionales, militares, industriales o médicas) en las que es instalado. El nacimiento de una sociedad disciplinaria, sin embargo, involucró mucho más que el esparcimiento del mecanismo disciplinario dentro y entre las instituciones cubiertas: fue permitida por el "escape" de las tecnologías de los confines de estas instituciones y su libre circulación a lo largo de la sociedad en general. Los conductos para este cambio fueron originalmente las organizaciones caritativas y los filántropos privados, tales como aquellos comenzaron en los tugurios urbanos lanzados por la Revolución Industrial por expediciones que fueron calculadas para explorar y mejorar las vidas y la moral de las "clases trabajadoras". No obstante, fue el papel del Estado

[66] *Idem*, p. 142.
[67] Foucault, "Curso del 14 de enero de 1976", *op. cit.*, p. 143.
[68] Foucault, *Vigilar y Castigar, op. cit.*, p. 209.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en relación con la tecnología disciplinaria lo que aseguró la posterior capacidad de penetrar cada esquina de la sociedad. Retomaremos este importante tema en la sección III.

2. *Poder, en General*

Habiendo visto con cierto detalle a los componentes y *modus operandi* del poder disciplinario como lo percibe Foucault, ahora es tiempo de reflexionar más generalmente sobre el método que utiliza para analizar el poder, para clarificar su terminología, para considerar las peculiaridades de su acercamiento relativo a las perspectivas sobre el poder tradicionalmente presupuestas por la teoría jurídica, e identificar algunas de sus evidentes dificultades. Posiblemente la característica más notoria del método de Foucault es la elección del punto de su partida. Al analizar el surgimiento de la forma del poder en que está interesado, Foucault no comienza, como lo harían la mayoría de los teóricos políticos, con el proceso de la formación del Estado o con los grandes solevamientos constitucionales como lo serían las revoluciones burguesas se los siglos XVIII y XIX o el ascenso de la democracia social en el siglo XX. Aunque él ve el poder manifestándose en varios niveles –desde los arreglos arquitectónicos de ciertos edificios a los arreglos constitucionales de ciertos Estados– desde su perspectiva es mejor acercarse "allí donde está en relación directa e inmediata con lo que provisionalmente podemos llamar su objeto, su blanco, su campo de aplicación, allí donde se implanta y produce efectos reales".[69] Entonces, desde la perspectiva foucaultiana la unidad primaria de análisis para el estudio del poder es la práctica y las relaciones entre prácticas, muchas de las cuales aparentan ser infinitesimalmente pequeñas e insignificantes. Por lo tanto para Foucault, los pequeños cambios en la manera que los soldados fueron instruidos para sostener sus rifles a inicios del siglo XVIII son por lo menos tan interesantes como las masivas transformaciones económicas, políticas y culturales asociadas con la Revolución Francesa, y en un sentido importante allanaron el camino para ellas. Esto produce nuestra primera proposición "foucaultiana": *el poder está incrustado en, y se hace efectivo a través de, micro-prácticas y las relaciones entre éstas.*

Las "tecnologías" del poder emergen de estas relaciones, y las tecnologías son complejos de discurso y acción; saber y formas de intervención que el saber hace accesible. Ya hemos notado que a Foucault también le interesan los "regímenes" de prácticas, que ocupan un estrato más alto en su

[69] Foucault, "Curso del 14 de enero de 1976", *op. cit.*, p. 143

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

"análisis ascendiente del poder". Pero de nuevo, "para analizar regímenes de prácticas significa analizar programas de conductas que tienen tanto efectos prescriptivos respecto a lo que ha de hacerse (efectos de "jurisdicción") como efectos codificadores respecto a lo que ha de ser conocido (efectos de "veridicción")".[70] Entonces, para *Foucault el poder y el saber se encuentran inextricablemente entrelazados en cada nivel en que el poder se manifiesta.* Además, *estos aparatos de poder/saber tienen efectos reguladores*. Las "tecnologías" son los verdaderos mecanismos a través de los cuales la conducta, los pensamientos, las decisiones y las aspiraciones de las personas son conformados y moldeados hacía ciertos fines particulares. Se puede decir que los "regímenes" son los conjuntos que las tecnologías forman por igual entre ellas como con otros elementos —tales como las proposiciones filosóficas, códigos morales, y reglas de derecho positivo— que se encuentran menos directamente orientados hacía la intervención en la conducta individual, pero que no obstante ayuda a organizar dominios para la acción y hacer pensables ciertos modos para actuar sobre éstos. Para regresar de nuevo al ejemplo de la prisión, la tecnología disciplinaria se manifiesta aquí como un conjunto de prácticas de poder/saber enfocadas en el comportamiento del prisionero y orientadas hacía su rehabilitación. Sin embargo, "la prisión" en sí misma es el efecto de un régimen de prácticas que comprenden esta tecnología como uno de sus elementos: otros incluirían el discurso humanitario de la Ilustración y la traducción de estas ideas en teorías criminológicas, argumentos autoritarios para la reforma penal, y reglas jurídicas concernientes al CASTIGO.

Las relaciones entre individuos y grupos, así como las relaciones entre prácticas, son claramente indispensables para la efectividad del poder: el poder va dirigido a individuos y grupos, y es movilizado a través de las acciones de los individuos y los grupos.[71] Por consiguiente, la prisión no puede funcionar como tal sin autoridades carcelarias que "ejecuten el poder" sobre los presos. Pero para Foucault estas acciones humanas no son la esencia del poder sino más elementos dentro del repertorio de fines por los cuales el poder produce sus efectos: como Foucault continuamente nos recuerda, "el poder no es algo que se adquiera, arranque o comparta, algo que se conserve o se deje escapar…".[72] Esta distinción entre *ejercer* el poder o ser un instrumento *para* su ejercicio es difícil de comprender, y algunos dirían que expone un serio problema con el análisis de Foucault: una ten-

[70] Foucault, "Questions of Method", *op. cit.*, p. 75
[71] Foucault, "El sujeto y el poder", *op. cit.*, p. 11.
[72] Foucault, *Historia de la sexualidad,* vol. 1, *op. cit.*, p. 114.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

dencia a prescindir de la acción humana sólo para instalar "el Poder" como un nuevo –no humano y ampliamente misterioso– súper-agente. Hemos visto ya evidencia de esta tendencia en la noción de que las "estrategias sin estrategias" coordinan microprácticas, y las redes que forman en combinación entre sí, en sistemas más grandes. Parecería que Foucault estuviese sugiriendo que el surgimiento de estos sistemas, y las relaciones entre ellos, son atribuibles al poder, no a las personas.[73] Es cierto que el tipo de metáforas a las que Foucault recurre para llamar la atención respecto de la prioridad del poder en relación con las personas, no "personifica" el poder sino que más bien los representa como si fuese un tipo de máquina: el poder es descrito como si lograse sus efecto a través de "mecanismos", "técnicas" o "tecnologías. Y considerado como medio para el ejercicio del poder, el individuo es representado como parte de la máquina: "éste" es descrito como un "vehículo", "instrumento" o "transmisor" del poder, o como "el elemento de articulación [del poder]". No obstante, esto aún nos deja con una imagen del poder como un tipo de máquina de pensamiento, y a los individuos como engranes de la máquina, e incluso, como descubriremos, sus artefactos.

El poder es productivo, tanto en el sentido en que maximiza las habilidades de los individuos, como en el sentido más profundo en que constituye en primer lugar a los seres humanos en individuos ("sujetos"). Como lo pone Foucault, en un pasaje muy citado:

> No se trata de concebir al individuo como una especie de núcleo elemental, átomo primitivo, materia múltiple e inerte sobre la que se aplicaría o en contra de la que golpearía el poder. En la práctica, lo que hace que un cuerpo, unos gestos, unos discursos, unos deseos sean identificados y constituidos como individuos, es en sí uno de los primeros efectos del poder. El individuo no es el *vis-a-vis* del poder; es, pienso, uno de sus primeros efectos.[74]

Un punto relacionado que ya ha sido destacado es que "[e]l poder circula a través del individuo que ha constituido".[75]. Los individuos son constituidos como los vehículos activos en la red de relaciones que los forman: funcionan como transmisores dentro de la red, conectando sus elementos entre sí, y así, asegurando su eficacia. Por lo tanto, los individuos "están siempre en situación de sufrir o de ejercitar ese poder, no son nunca el blanco inerte o consintiente del poder; sino que son siempre los elementos de conexión".[76]

[73] Véase por ejemplo Foucault, *Idem.*, p. 114-5.
[74] Foucault, "Curso del 14 de enero de 1976", *op. cit.*, p. 144.
[75] *Idem.*
[76] *Idem.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

No obstante, a pesar de ser producidos por el poder, y de encontrarse interminablemente en sus garras, y de ser necesariamente funcionales el mismo, los individuos son también libres: de hecho, *la libertad es la condición para el ejercicio del poder*. Ésta es una de las afirmaciones más desconcertantes de Foucault, y aparece en el contexto del importante siguiente pasaje:

> Tal vez la naturaleza equívoca del termino conducta es una de las mejores ayudas para legar a captar la especificidad de las relaciones de poder. Pues "conducir" es al mismo tiempo "llevar" a otros (según mecanismos de coerción mas o menos estrictos) y la manera de comportarse en el interior de un campo mas o menos abierto de posibilidades. Cuando se define el ejercicio del poder como un modo de acción sobre las acciones de los otros, cuando se caracterizan estas acciones por el "gobierno" de los hombres, de los unos por los otros -en el sentido más amplio del termino- se incluye un elemento importante: la libertad. El poder se ejerce únicamente sobre "sujetos libres" y solo en la medida en que son "libres". Por esto queremos decir sujetos individuales o colectivos, enfrentados con un campo de posibilidades, donde pueden tener lugar diversas conductas, diversas reacciones y diversos comportamientos. La esclavitud no es una relación de poder cuando el hombre está encadenado (en este caso se trata de una relación física de coacción), sino justamente cuando puede desplazarse y en última instancia escapar. En consecuencia, no hay una confrontación *vis-a-vis* entre el poder y la libertad que sea mutuamente exclusiva (la libertad desaparece ahí donde se ejerce el poder), sino un juego mucho más complicado. En este juego, la libertad puede muy bien aparecer como condición de existencia del poder.[77]

Lo que esto sugiere es, primero, que *el fin del poder es la producción de un cierto tipo de libertad regulada*: una forma de individualidad que, precisamente dentro de su libertad, sea también útil; que a través de su experiencia de acción esté cuidadosamente integrada en el orden social. El poder "hace a la sociedad funcionar", es decir, mientras que maximiza las capacidades y aptitudes de los individuos "libres", al mismo tiempo actúa sobre estas capacidades y aptitudes de modo que sean ejercidas consistentemente con las demandas de la coordinación social. El poder hace esto *a través de mecanismos que son locales, materiales, continuos, y exhaustivos, y que combinan la observación científica y la valoración de personas, con intervenciones en sus comportamientos y actitudes*. Por lo tanto, el análisis del poder ha de ocuparse "de coger al poder en sus extremidades, en sus confines últimos",[78] y la cuestión clave para este tipo de análisis es el "cómo funcionan las cosas al nivel del proceso de sometimiento, o en aquellos procesos continuos e ininterrumpidos que someten los cuerpos, guían los gestos, rigen los comportamientos, etc.…".[79]

[77] Foucault, "El sujeto y el poder", *op. cit.*, pp. 15-6.
[78] Foucault, "Curso del 14 de enero de 1976", *op. cit.*, p. 142.
[79] *Ibidem.*, p. 143.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Pero, segundo, el éxito de este "gobierno de la individualización"[80] nunca podrá ser garantizado, dado que *la posibilidad de obstinación es integral al ejercicio del poder*. Esto nos lleva a otra afirmación de Foucault sobre el poder que a primera vista parece contra intuitiva: "que donde hay poder hay resistencia, y no obstante (o mejor: por lo mismo), ésta nunca está en posición de exterioridad respecto del poder".[81] Si, como Foucault insiste, "[e]n el corazón mismo de la relación de poder, y 'provocándola' de manera constante, se encuentran la obstinación de la voluntad y la intransitividad de la libertad",[82] entonces, se sigue que la resistencia debe ser inscrita como un "irreducible elemento enfrentador"[83] en cada relación del poder. Y si el poder es de hecho producido de un momento a otro, en cada uno de los "innumerables puntos" desde los que es ejercido; si las relaciones de poder forman "pedestales móviles de las relaciones de fuerza",[84] entonces seguramente lo mismo se puede decir de las resistencias que el poder incita:

> Las resistencias también pues, están distribuidas de manera irregular: los puntos, los nudos, los focos de resistencia se hallan diseminados con más o menos densidad en el tiempo y en el espacio, llevando a lo alto a veces grupos o individuos de manera definitiva… que introducen en una sociedad líneas divisorias que se desplazan rompiendo unidades y suscitando reagrupamientos, abriendo surcos en el interior de los propios individuos, cortándolos en trozos y remodelándolos… Así como la red de las relaciones de poder concluye por construir in espeso tejido que atraviesa los aparatos y las instituciones sin localizarse exactamente en ellos, así también la formación del enjambre de los puntos de resistencia surca las estratificaciones sociales y las unidades individuales.[85]

Sin embargo, este tipo de retórica, por convincente que pueda ser, parece exponer una seria contradicción en el corazón del pensamiento de Foucault. Aquí, él nos proporciona una visión del orden social precisamente como si fuese un anti-orden –una abundante masa de poderes y contrapoderes, en infinita tensión– mientras que en otros lugares, como hemos visto, Foucault representa a las prácticas sociales como congeladas en "sistemas comprensivos"[86] que funcionan —a través de la "estrategización" del poder— como máquinas bien aceitadas. ¿Con cuál visión desea comprometerse Foucault? La respuesta es: Con ambas, simultáneamente. Cierta-

[80] Foucault, "El sujeto y el poder", *op. cit.*, p. 6.
[81] Foucault, *Historia de la sexualidad*, vol. 1, *op. cit.*, p. 116.
[82] Foucault, "El sujeto y el poder", *op. cit.*, p. 16.
[83] Foucault, *Historia de la sexualidad*, vol. 1, *op. cit.*, p. 117.
[84] *Ibidem.*, p. 113.
[85] *Ibidem.*, p. 117.
[86] *Ibidem.*, p. 115.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

mente, por un lado, "el poder tiene que ser analizado como algo que circula, o más bien, como algo que no funciona sino en cadena. No está nunca localizado aquí o allí nunca en las manos de algunos [sino que] funciona, se ejercita a través de una organización reticular".[87] Por otro lado, Foucault también quiere hacer notar la relativa durabilidad y estabilidad de nuestros arreglos sociales –el hecho de que éstos claramente no se encuentren en un estado de flujo constante, pero generalmente siguen un patrón y son predecibles. Él da a notar que existen lugares en los que la lucha parece haber sido detenida, y donde los "mecanismos estables"[88] —y, sosteniéndose sobre éstos, los sistemas de dominación— han echado raíces y detenido "el juego de las reacciones antagónicas".[89] El punto de Foucault es que esta experiencia no necesita de fijación y estabilidad, y ofrece un modo dualista de interpretar las relaciones sociales que, aunque toma en serio esta experiencia, es también capaz de mostrar cómo podría también ser desecha.

Finalmente, se sigue que la forma de poder en la que se interesa Foucault será invisible en la medida en que se encuentra incrustada en lo que nosotros estamos condicionados a ver como aspectos comunes e inocuos de la vida social. Sin embargo, el argumento de Foucault es que este condicionamiento y esta invisibilidad han de ser entendidas, no como señales de la ausencia del poder, sino en cambio como muestra de su eficacia. *"[E]l secreto no pertenece a orden del abuso [de poder]; es indispensable para su funcionamiento*".[90] Por lo tanto, el análisis del poder es inevitablemente un proceso de "desciframiento" de sus operaciones en lo que podría parecer, a primera vista, procesos y lugares improbables.

Entonces, parecería que una agenda política radical subyace a las investigaciones de Foucault: sacar a la luz la "dominación" al encontrar conflicto (o "antagonismo") donde parece haber solo consenso y estabilidad, y mostrar cómo la dominación es perpetuada precisamente a través de la

[87] Foucault, "Curso del 14 de enero de 1976", *op. cit.,* p. 144.

[88] Foucault, "El sujeto y el poder", *op. cit.,* p. 19.

[89] *Ibidem*. "Cuando digo que el poder se libera, circula, forma redes, es verdad sólo hasta cierto punto… No creo que se pueda concluir que el poder es la cosa mejor distribuida del mundo, si bien lo sea en cierta medida… Pienso que hay que analizar la manera cómo los fenómenos, las técnicas, los procedimientos de poder funcionan en los niveles más bajos, mostrar cómo estos procedimientos se desplazan, se extienden, se modifican, pero sobre todo cómo son investidos y anexionados por fenómenos más globales y cómo poderes más generales o beneficios económicos pueden insertarse en el juego de estas tecnologías al mismo tiempo relativamente autónomas e infinitesimales del poder". (Foucault, "Curso del 14 de enero de 1976", *op. cit.*, p. 144-5)

[90] Foucault, *Historia de la sexualidad,* vol. 1, *op. cit.*, p. 105.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

producción de la *apariencia* del consenso y la estabilidad. El rechazo de Foucault de las explicaciones ortodoxas del carácter del poder y la dominación en las sociedades modernas asume un nuevo significado cuando es visto desde esta perspectiva. Como habremos de explorar en la posterior sección III.3, Foucault no sólo considera estas explicaciones como inadecuadas e incompletas. De forma más fundamental, él ve el hecho de que sean inadecuadas e incompletas en función de enmascarar las formas que toma la dominación y como *permisivas* de ésta. La teoría política liberal, por ejemplo, que caracteriza al poder como centralizado en el Estado —y nos reconcilia con éste al distinguir ente su ejercicio legítimo e ilegítimo (el Estado de derecho contra el Estado arbitrario de coerción)— es, para Foucault, en sí mismo un elemento dentro de los complejos regímenes de poder/saber mucho más extensivos que él está interesado en analizar. Se sigue entonces, que la teoría política liberal, lejos de ser una guía útil para entender el poder en las sociedades modernas, describe engañosamente el poder, lo disfraza, y por ende facilita sus operaciones.

De nuevo, sin embargo, emergen aquí ciertas dificultades, en esta ocasión, de la negativa de Foucault de comprometerse directamente con las cuestiones normativas que surgen de estas investigaciones sobre cómo funciona el poder. Éstas fueron convincentemente señaladas por Nancy Fraser en una importante y temprana crítica de estos aspectos en la obra de Foucault.[91] Fraser sostiene que al diagnosticar el papel jugado por la teoría política liberal —con categorías de correcto, límite, soberanía, contrato y opresión— para facilitar la expansión del tipo de poder en el que está interesado, Foucault "pone entre paréntesis" o suspende el problema de la justificación del poder: es decir, el problema de distinguir entre su ejercicio legítimo e ilegítimo. Sin embargo, cuando Foucault advierte el ejercicio de la "dominación" y particularmente cuando se refiere de manera aprobatoria a la "resistencia" y la "lucha", él necesariamente regresa su análisis a estándares normativos, aunque sin articular cuáles son:

> ¿Por qué es preferible la lucha a la sumisión? ¿Por qué la dominación ha de ser resistida? Sólo con la introducción de nociones normativas de alguna clase pudo Foucault comenzar a responder tales preguntas. Sólo con la introducción de nociones normativas pudo comenzar a decirnos lo que está mal con el régimen moderno de poder/saber y porqué hemos de oponernos a éste.[92]

[91] Fraser, Nancy, "Foucault on Modern Power: Empirical Insights and Normative Confusions", *Praxis International*, vol. 3, 1981, pp. 272-287.

[92] *Idem*, p. 283

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

De hecho, sostiene Fraser, la fuerza normativa de la idea de que la dominación ha de ser resistida parece depender de una invocación implícita de las normas muy liberales que Foucault ostensiblemente suspende; por lo tanto, su uso de tales términos parece entramparlo en una contradicción, dado que Foucault quiere tratar a las normas liberales como si fueren meramente *instrumentos* de dominación. Fraser sugiere que esta contradicción emerge de manera particularmente clara en *Vigilar y Castigar*. La originalidad del análisis de Foucault sobre la prisión en este trabajo es que rompe con la visión de sentido común de que el poder es ejercido sobre los prisioneros al privarlos de su dignidad y autonomía. Lo que Foucault afirma que se encuentra ejemplificado en la prisión moderna, en cambio, es una forma de poder que es profundamente consistente con (un cierto tipo de) autonomía y auto-respeto, y se encuentra orientada a aumentar, en vez de disminuir, las capacidades de aquellos en relación con los cuales es ejercido. Es esta forma de poder la que, sostiene Foucault, ha sido generalizada en la sociedad disciplinaria en la que actualmente habitamos. No obstante, Fraser señala,

> Si uno pregunta exactamente qué se encuentra mal con la sociedad… uno no puede evitar sino apelar a ciertos conceptos como la violación de la dignidad y la autonomía involucrados en la amenaza de las personas únicamente como medios para ser causalmente manipulados. Pero… estas nociones kantianas se encuentran claramente relacionadas a las normas liberales de legitimidad e ilegitimidad definidas en términos de límites y derechos.[93]

Con esto en mente, ahora es tiempo de examinar la relación, como la ve Foucault, entre la disciplina y las nociones liberales de "límites y derechos". Esto nos regresará al tema pendiente al final de la sección II.1 arriba: la relación entre disciplina, el Estado, y el derecho.

III. Derecho

Una de las tendencias más llamativas en la obra de Foucault sobre la disciplina es que continuamente elabora tajantes contrastes ente el poder disciplinario y otras formas de poder radicalmente diferentes, que él designa como poder soberano o poder judicial. Es tentador, pero equivocado, concluir de esto que el poder disciplinario necesariamente siempre es ejercido

[93] *Idem*, p. 284

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

más allá del Estado, utilizando cosas diferentes a medios jurídicos. De hecho, los escritos de Foucault nos confrontan una y otra vez con la sugerencia de que el Estado ha jugado un rol crucial en esparcimiento y consolidación de mecanismos disciplinarios:

> Es un hecho indudable que el Estado en las sociedades contemporáneas no es solo una de las formas o uno de los lugares -aunque fuera el mas importante- de ejercicio del poder, sino que de cierta manera todas las otras formas de relación de poder se refieren a él. Pero no es porque cada uno se derive de él. Es más bien porque se ha producido una estatización continua de las relaciones de poder… las relaciones de poder se gubernamentalizaron progresivamente, es decir, se elaboraron racionalizaron, centralizaron bajo la forma o bajo los auspicios de instituciones estatales.[94]

Además, este proceso ha tenido importantes efectos en las formas y funciones del derecho:

> No quiero decir que la ley se borre ni que las instituciones de justicia tiendan a desaparecer; sino que la ley funciona siempre más como una norma, y que la institución judicial se integra cada vez más en un *continuum* de aparatos (médicos, administrativos, etc.) cuyas funciones son sobre todo reguladoras.[95]

Claramente, entonces, Foucault concibe un conjunto complicado de relaciones entre el poder disciplinario, el poder soberano, el Estado, y el derecho: una relación anti-tética entre el poder disciplinario y el poder soberano; pero una relación cooperativa entre la disciplina y el Estado. ¿Cómo hemos de dar sentido a esta aparente contradicción? Antes de tratar de hacer cualquier intento de comprender las afirmaciones a menudo confusas de Foucault sobre estos temas, tal vez sería útil el tener los siguientes puntos en mente. Generalmente, el término "Estado" refiere a un conjunto particular de instituciones, de personal y de actividades, mientras que la "soberanía" es un concepto que (cuando es utilizado con relación al Estado) sirve para definir la naturaleza y límites de los poderes de estas instituciones. El concepto de legalidad, cuando es utilizado con relación a la soberanía del Estado, refiere a un poder soberano limitado por el derecho y/o actuando a través del derecho. *Una* ley, por otro lado, es simplemente un instrumento particular de la acción del Estado. El mismo Foucault no siempre observa estas distinciones: su utilización del término "derecho" es particularmente vago, y tiende a ser invocado para referirse simultáneamente al concepto de legalidad, al sistema jurídico, y al conjunto de medidas jurídicas particulares promulgadas y ejecutadas por el apartado del Estado. No obstante,

[94] Foucault, "El sujeto y el poder", *op. cit.*, p. 18-9.
[95] Foucault, *Historia de la sexualidad*, vol. 1, *op. cit.*, p. 174.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

una manera plausible de leer esta contradicción podría ser la siguiente. Por un lado, el poder disciplinario se encuentra en desacuerdo con los *conceptos* de soberanía y legalidad, que al defender y buscar justificar el "poder", adoptan un entendimiento extremadamente restringido de lo que el poder es. Por otro lado, los mecanismos reales de disciplina son ampliamente compatibles con las *prácticas* reguladoras del Estado moderno. La sección III.1 explorará la primera de estas proposiciones; la sección III.2 la segunda; y la sección III.3 considerará las relaciones entre ellas.

1. *Soberanía, Derecho y Legalidad*

Un punto de inicio apropiado para una indagación del uso de Foucault de estos términos es el curso del el 14 de enero de 1976.[96] Foucault abre el curso con la afirmación de que uno de los objetivos de su trabajo sobre el poder es relacionar sus mecanismos con "las reglas del derecho que delimitan formalmente el poder".[97] Las reglas del derecho, continúa, son aquellas producidas por el "pensamiento jurídico", que representan al poder como aquel que es ejercido por la autoridad soberana: son, por lo tanto, las reglas que delimitan el poder soberano. En cambio, el uso del término "soberanía" en esta conferencia sugiere que es un vocablo general que simultáneamente acomoda a aquellas reglas de derecho, al poder que definen —"poder judicial"— y a las teorías políticas y jurídicas que buscan explicar por qué el poder es legítimo. Los comentarios de Foucault sobre estos temas son altamente esquemáticos, y tal vez sería útil en este punto el referirse a la breve historia de las formas modernas de "SOBERANÍA" de Jürgen Habermas, para ofrece alguna clarificación de lo que se encuentra en disputa aquí. Habermas identifica a lo que él llama "cuatro hornadas de juridicización"[98] como si hubieran iniciado a principios del siglo XVII :

> La primera hornada conduce al *Estado burgués* que, en Europa Occidental, se desarrolló durante el periodo del Absolutismo en forma de sistemas de estados europeos. La segunda hornada conduce al *Estado de derecho* que adoptó una forma paradigmática en la monarquía germánica del siglo XIX. La tercera hornada conduce al *Estado democrático de derecho*, que se difundió en Europa y Norte América como consecuencia de la revolución francesa. La que por el momento es la última hornada conduce, final-

[96] Foucault, "Curso del 14 de enero de 1976", *op. cit.*

[97] *Idem*, p. 139.

[98] Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, II: Crítica de la razón funcionalista*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1987 [1981], pp. 505

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> mente al *Estado social y democrático de derecho*, cuya institucionalización en el siglo XX es fruto de las luchas del movimiento obrero europeo…[99]

Para regresar ahora a la terminología de Foucault, se podría decir que cada una de las tres primeras de estas formas de Estado forman la base para una concepción diferente de las "reglas de derecho soberano", caracterizada por un tipo distinto de "poder judicial", y acompañada por una teoría política diferente. En el Estado burgués, como lo plantea Habermas, "el derecho público sanciona como única fuente de dominación legal un poder estatal que se reserva el monopolio de la violencia",[100] y el *Leviatán* de Hobbes suministra la teoría justificadora: se dice que la soberanía política se origina en un contrato bajo el cual los individuos en el estado de naturaleza, para asegurar su propia supervivencia, aceptan ceder sus prerrogativas a una autoridad única cuyo poder será absoluto. En contraste, el Estado de derecho es aquél cuyos poderes están limitados por normas constitucionales jurídicamente accionables: a los ciudadanos se les otorgan derechos oponibles al soberano (derechos a la vida, libertad y propiedad), el soberano se encuentra obligado a utilizar su monopolio sobre la fuerza coercitiva en concordancia con el Estado de derecho, y esto se justifica por referencia al ideal de estar libres de la coerción arbitraria del estado. Con el ascenso del Estado democrático de derecho, en tercer lugar, los ciudadanos son provistos con derechos de participación política: el derecho a votar y la libertad de organizarse en partidos políticos. Esto conlleva a un nuevo conjunto de cualificaciones sobre el poder soberano: para ser válidamente promulgada, la ley debe expresar la voluntad general, y esto se asegura mediante un "procedimiento que liga la legislación con procesos de decisión parlamentaria y de discusión pública".[101] La cuarta fase de juridicización de Habermas es de menor relevancia respecto a las otras tres para nuestros propósitos (aunque regresaremos a ésta después), puesto que no redefine la "soberanía" tanto como en realidad extiende su dominio de operación. El Estado social y democrático juridifica las relaciones de inequidad social —particularmente las relaciones económicas— que previamente habían sido consideradas como privadas y por lo tanto no sujetas a la interferencia estatal. Algunos ejemplos incluirían el uso del derecho para igualar la relación en entre trabajadores y empleadores al reducir las horas laborales e introducir derechos de negociación colectiva y derechos de seguridad social.

[99] *Idem.*
[100] *Ibidem,* p. 506.
[101] *Ibidem.*, p. 509.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Mientras que el proyecto de Habermas trata de trazar los *cambios* de la "soberanía" en el tiempo, a Foucault le interesa lo que él considera una *continuidad* más fundamental, no sólo entre estas formas modernas de soberanía, sino también entre ellas y los arreglos constitucionales y teorías de los tiempos pre-modernos. Para Foucault, el modelo del poder que es presupuesto por éstas sigue siendo el tipo de poder monárquico absoluto que fue ejercido por las monarquías del alto medioevo en Europa occidental.[102] Aún cuando el pensamiento jurídico liberal se preocupó de imponer límites al poder "soberano" para garantizar su legitimidad, el supuesto siguió siendo que sin estos límites el poder *sería* absoluto. La visión liberal de un poder jurídicamente limitado, y por ende, un poder legítimo —de forma ideal, un parlamento democráticamente elegido que ejerza autoridad fundamentado en el principio de legalidad— es, por esta razón, agrupado por Foucault con los intentos de los pensadores más antiguos de justificar las monarquías autoritarias, administrativas y autoritarias de la pre-modernidad y la modernidad temprana.[103] "En el pensamiento y en el análisis político, aún no se ha guillotinado al rey":[104] la forma en que pensamos sobre política, y por ende sobre el poder, aún es dominada por la gran, amenazante, espectacular, y no obstante, distante figura del Leviatán, incluso si el "rey" actual es un gobierno democráticamente elegido y cercado por los refinamientos constitucionales de distintos tipos.

Sin embargo, lo que innegablemente cambió con el ascenso del Estado burgués –y Foucault no lo impugna – fue el método por el cual el derecho del "rey" fue legitimado. Cuando se abandonó la noción de que el poder de los reyes derivaba simplemente de dios –el derecho divino de los reyes– dominó la teoría política en Europa occidental desde la tardía Edad Media hasta el siglo XII; posteriormente, comenzó a tomar fuerza la idea de que la autoridad de los gobiernos se deriva del consentimiento de los gobernados. No obstante, aunque esta última noción ha atravesado diversos cambios desde el siglo XVII, aquí de nuevo, Foucault observa una continuidad fundamental en medio del cambio. Desde Hobbes, la teoría política responde a la pregunta "¿bajo qué derecho ejerce el soberano el poder?" al invocar alguna noción de contrato ente el soberano y los individuos, donde la identidad de los individuos es concebida en términos de su capacidad para contratar, *i.e.* una voluntad. Es a través de la instrumentación de este contrato que una única voluntad –universal– es destilada de las voluntades

[102] Foucault, "Curso del 14 de enero de 1976", *op. cit.*, p. 139-40.
[103] *Ibidem.*, p. 148.
[104] Foucault, *Historia de la sexualidad*, vol. 1, *op. cit.*, p. 108.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

particulares de una multiplicidad de individuos.[105] El cambio del "Estado burgués" de Hobbes al "Estado democrático de derecho" simplemente conlleva con él un nuevo y más complicado contrato social y una diferente concepción de cómo la voluntad universal ha de ser construida. Ahora la autoridad soberana sólo podrá ser ejercida en concordancia con ciertas reglas: reglas que constituyen la soberanía; reglas sobre cómo la soberanía, una vez constituida, puede legítimamente ejercer el poder —incluyendo reglas sobre el tipo de actividades que puede ordenar o prohibir, y los procedimientos que ha de ser seguidos en el proceso—; y las reglas de ciudadanía que determinan la pertenencia a la comunidad sobre la cual se extiende la autoridad del soberano, así como los derechos y obligaciones de aquellos designados de esta manera como ciudadanos.

El punto central de Foucault es que todos estos esfuerzos para delimitar y legitimar el poder soberano no sólo tienen fundamentalmente los mismos supuestos sobre la naturaleza esencial del poder, sino que interminablemente reproducen un reducido repertorio de soluciones a los problemas presentados por este poder: contrato, límites, gobierno de libre voluntad y obligación legítima, opuestos a la usurpación, absolutismo, opresión y obediencia forzada. Lo que esto produce es un arreglo altamente restrictivo de cuestiones permisibles para cualquiera que busque entablar un análisis de la naturaleza del poder en la sociedad moderna a través del lente de la teoría política. ¿Cuáles son los derechos legítimos del soberano? ¿Bajo qué circunstancias tenemos obligación jurídica de obedecer al soberano?[106] Hasta los siglos XVII y XVIII, sugiere Foucault,[107] en esta ecuación poder con soberanía no existía una reducción en lo absoluto, puesto que reflejaba el verdadero modo del ejercicio del poder: las verdaderas relaciones de poder en la sociedad tomaron la misma forma que la relación soberano-individuo. Pero, por aquellos tiempos, un nuevo mecanismo de poder (del que hemos hablado anteriormente como poder disciplinario) emergió, y éste, desde la perspectiva de Foucault, fue "absolutamente incompatible con las relaciones de soberanía".[108] Esta incompatibilidad se reveló en los diferentes objetivos, métodos y fines del poder disciplinario y el poder soberano. El poder disciplinario es ejercido sobre los cuerpos humanos y sus operaciones, y se encuentra orientado a "generar fuerzas, hacerlos crecer, ordenarlos, en vez de… impedirlos, hacerlos someterse, o destruirlos".[109]

[105] Foucault, "Curso del 14 de enero de 1976", *op. cit.*, p. 143.
[106] *Ibidem.*, pp. 141-2.
[107] *Ibidem*, p. 149-50.
[108] *Idem.*
[109] Foucault, *Historia de la sexualidad,* vol. 1, *op. cit.*, p. 165.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

En contraste, el poder monárquico fue ejercido sobre la tierra y sus productos, sobre terrenos y bienes; y fue "[un poder] de deducción, mecanismo de sustracción… El poder era ante todo derecho de captación: de las cosas, del tiempo, los cuerpos y finalmente la vida; culminaba en el privilegio de apoderarse de ésta para suprimirla".[110] El poder disciplinario es ejercido constantemente con fines de vigilancia, no esporádicamente con el fin de hacer de obligaciones específicas y definidas, y presupone una red muy unida de regulación, no la existencia física de un monarca. Además, su despliegue ideal es medido en términos de silenciosa eficacia —el menor gasto para el mayor beneficio— y no, como el poder monárquico, en términos de un espectacular exceso de fuerza aterrorizadora.

Por todas estas razones, el poder disciplinario es "indescriptible en términos de la teoría de la soberanía":[111] simplemente no puede ser explicado mediante las categorías de universalidad, ciudadanía, legalidad, y la separación de una esfera pública del poder estatal de otra esfera privada de libertad individual. La disciplina circula por todos lados a través del orden social en vez de estar centralizada en una sola unidad de acción. La lógica de su operación es la de la norma, no la de la "regla jurídica": "[l]as disciplinas conllevarán un discurso que será el de la regla, no el de la regla jurídica derivada de la soberanía, sino el de la regla natural, es decir, el de la norma".[112] Finalmente, y más importante, ésta *construye* a los individuos sobre los que es ejercida, y por lo tanto no puede ser explicada por una teoría que da por sentado la "delegación por parte de cada [ciudadano]".[113] La soberanía, como ha sido teorizada a partir de Hobbes, se considera derivada del estatus del individuo como un sujeto abstracto de voluntad; las reglas que lo delimitan se encuentran orientadas a mantener un marco político-legal en el que las actividades de una conglomeración de esto individuos "finalizados" puede ser organizado consistentemente con el mantenimiento de su agencia originaria. Por otro lado, la disciplina parte de la premisa de que cada individuo es una encarnación, una creatura viviente, un habitante de un ambiente particular, con un conjunto de necesidades únicas, intereses, habilidades y aptitudes; ésta busca administrar y normalizar la conducta de estas personas discretas y dispares con vistas a ordenar un multiplicidad de personas y hace a todas y cada una de ellas más útiles. Lejos de ser creadas por el poder, las capacidades individuales

[110] *Ibidem*, p. 164.
[111] Foucault, "Curso del 14 de enero de 1976", *op. cit.*, p. 149.
[112] *Ibidem*, p. 151.
[113] *Ibidem*, p. 150.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

son, en esta modalidad, el efecto del poder; lejos de ser universales, son irreduciblemente particulares e infinitamente diferenciadas.

2. *El Estado Regulador*

Hacía el final de la sección II.1, se hizo mención de un proceso que Foucault describe en *Vigilar y Castigar* como "generalización de las disciplinas que alcanza las dimensiones del Estado".[114] Escribiendo con relación a Francia, Foucault atribuye éste fenómeno al crecimiento de un aparato centralizado de "policía" durante el siglo XVIII. Debe notarse que no se refiere aquí a la "policía" en el sentido contemporáneo del término: la policía como una agencia de prevención y detención del crimen. El término "policía" en el sentido del siglo XVIII designaba un campo de intervención masivo y de alguna manera amorfo, desde la construcción de edificios, a asuntos concernientes a la salud y la higiene, hasta el comportamiento y vestimenta de los pobres: todo, en otras palabras, lo que no fuera tocado por el poder soberano.[115] "Con la policía, se está en lo indefinido de un control que trata idealmente de llegar a lo más elemental…. lo infinitamente pequeño del poder político".[116] Aunque una maquinaria administrativamente centralizada bajo el poder del rey ejercía el poder en Francia, lo hacía por medio de mecanismos que le son propios y bastante distintos de las instituciones formales del soberano: una vasta red de espías e informantes "que trasforma todo el rostro social en un campo de percepción",[117] y un inmenso archivo de documentos que registraba pequeños detalles de "conductas, actitudes, virtualidades, sospechas".[118]

Para Foucault, la consolidación del poder policiaco en Francia en este tiempo se encuentra ligada con lo que posteriormente él describiría como el surgimiento de la "gubernamentalidad"[119] –que no ha de ser confundida con el concepto de "gobernancia", tan familiar ahora para los politólogos.[120] La gubernamentalidad en el sentido de Foucault posiblemente se

[114] Foucault, *Vigilar y Castigar, op. cit.*, p. 218.

[115] Pasquino, Pasquale, "Theatricum Politicum: The Genealogy of Capital – Police and the State of Prosperity" en Burchell, Graham; Gordon, Colin & Miller, Peter (eds.), *The Foucault Effect*, Londres, Harvester, 1991.

[116] Foucault, *Vigilar y Castigar, op. cit*, p. 217.

[117] *Idem.*

[118] *Idem.*

[119] Foucault, Michel, *Seguridad, Territorio y Población*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

[120] Rhodes, R.A.W., "The new governance: governing without government", *Political Studies*, vol. 44, 1996; Sending, Ole J. & Neumann, Iver B., "Governance to

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

entiende mejor entendida cuando se le concibe en la forma de gobierno/mentalidad.[121] Como con el poder/saber, el término es calculado para dirigir la atención sobre un conjunto de prácticas acerca de cómo el ordenar o regular las actividades humanas se encuentra inextricablemente ligado con la forma de conocerlos. En esta medida, la gubernamentalidad tiene una afinidad con la disciplina, aunque opera en mayor escala: su objetivo no es un individuo o un grupo definido de individuos, sino una población entera. Como la disciplina, sostiene Foucault, la gubernamentalidad asumió su forma moderna en el siglo XVIII, activada en parte por procesos ligados de expansión demográfica y cambios socioeconómicos. En conjunto, estos desarrollos ayudaron a traer por primera vez "la población" vista como un problema general —particularmente para los funcionarios del

governmentality: analysing NGOs, states, and power", *International Studies Quarterly*, vol. 50, 2006; Dean, Mitchell, *Governing Societies, Maidenhead*, Open University Press, 2007

[121] Foucault desarrolló su pensamiento sobre la gubernamentalidad, en su mayor extensión, durante dos cursos que impartió en el Collège de France en Paris en agosto de 1977 y septiembre de 1978, titulados, respectivamente, "Seguridad, Territorio y Población" y "El Nacimiento de la Biopolítica". (Los temas relacionados del "biopoder" y la "razón política" también son tratados en textos anteriores, notoriamente en el primer volumen de la *Historia de la Sexualidad*, en la última de la serie de conferencias de 1975-76 titulada "Hay que defender a la sociedad" [en español, *Defender la sociedad*, Buenos Aires, FCE, 2000]) y en otros ensayos ocasionales (*e.g.* Foucault Michel, "Omnes et Singulatim: Hacia una crítica de la razón política, en *La vida de los hombres infames,* Buenos Aires, Altamira, 2006, pp. 117-134). El tema común de estos ensayos se encuentra en relación con las artes y las técnicas de gobierno, en el sentido muy amplio de ésa palabra de Foucault, y el ejercicio de la soberanía política y, por lo tanto, las actividades del estado moderno. El tema es expuesto a manera de resumen en la cuarta conferencia de la serie de los años 1977-78, donde Foucault esquematiza una genealogía de artes de gobierno desde la antigüedad (que incluye análisis de varias "tecnologías" de gobierno, incluyendo la de la policía); entonces es presentado un tratamiento sostenido en el resto de las conferencias de ambos cursos. La esencial cuarta conferencia, que fue dictada el primero de febrero de 1978, fue conocida simplemente como "Sobre la Gubernamentalidad". Fue publicada por primera vez en inglés en el año de 1979 (en la revista *Ideology and Consciousness*); y en 1991 fue reimpresa, junto con otros importantes ensayos de académicos inspirados en la gubernamentalidad de Foucault, en una colección editada titulada *The Foucault Effect: Studies in Governmentality* (Burchell, Gordon, y Miller [eds.] Londres, Harvester, 1991). A partir de este volumen en los años noventa emergió una subespecialización académica de "estudios sobre la gubernamentalidad" cuya influencia desde entonces se ha hecho sentir a través de las ciencias sociales. Sin embargo, no fue sino hasta el 2004 que el texto completo de la serie de conferencias del Collège de France relacionadas a la gubernamentalidad –que nunca fueron desarrolladas en libros dada la prematura muerte de Foucault en 1984 – comenzó a ser publicado, primero en Francia (para coincidir con el vigésimo aniversario de su fallecimiento) y subsecuentemente en otros idiomas, incluyendo el español (Cif. *Seguridad, Territorio y Población, op. cit.*, y *El nacimiento de la biopolítica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007)

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Estado que enfrentaban la posibilidad de disturbios civiles y políticos a gran escala—. El rápido crecimiento de espacios urbanos anónimos, la movilidad de personas dentro y entre ellos, la desintegración de espacios tradicionales de autoridad social y la disolución de derechos y obligaciones consuetudinarias: todo esto habría expuesto la forma patrimonial de mando que había sido asociada con el feudalismo —y que había sostenido las remotas exhibiciones ocasionales e intermitentes del poder— como inadecuada para controlar las nuevas "masas", o para coordinar la fuerza que representaban con los requerimientos de la producción capitalista. Con este antecedente, implica Foucault, se tornó evidente que la seguridad y la prosperidad del Estado no podía ser garantizada meramente por la existencia de un deber jurídico formal en cada ciudadano de obedecer al soberano y a sus leyes. La obediencia en sí misma debía ser asegurada activamente, y la prosperidad permitida positivamente, mediante intervenciones precisamente dirigidas en el "cuerpo" social, y esto involucraba suplementar las estructuras e instituciones de la soberanía con conocimientos y técnicas de administración de la población.

El conjunto de estadísticas —sobre la tasas de natalidad y mortalidad de las poblaciones, de la incidencia de las enfermedades, criminalidad, desempleo y migración entre ellas, sobre las diferencias de riqueza que los divide, sobre las costumbres y rituales que los unen— acordaron una realidad objetiva a aquéllos fenómenos de población, y de este modo ayudaron a crear el camino para una serie de intervenciones orientadas a maximizar sus fuerzas interiores, mientras minimizaban las amenazas que planteaban. Sin embargo, el saber requerido para gobernar abarca más que meros datos: éste demuestra relaciones entre los fenómenos de población, y entre éstos y todos los procesos que afecta a la población. (Por lo tanto, Foucault identifica a la economía política como la "forma primordial del saber"[122] de la gubernamentalidad moderna y liberal). Al hacerlo, este saber permite "una pluralidad de fines específicos"[123] a ser formulados, *e.g.* la acumulación de la riqueza, la provisión de medios suficientes de subsistencia, y crecimiento poblacional. Los fines son logrados, en cambio, por medio de un diverso conjunto de "tácticas":

> …lo que permitía [a la soberanía] alcanzar su fin, es decir, la obediencia de las leyes, era la ley misma. Ley y soberanía, entonces, se confundían absolutamente la una con la otra. Ahora, por el contrario. no se trata de imponer una ley sobre los hombres, se

[122] Foucault, *Seguridad, Territorio y Población, op. cit.*, p. 136.
[123] *Idem*, p. 125.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> trata de disponer cosas, o sea, de utilizar tácticas y no leyes, o de utilizar al máximo las leyes como tácticas…[124]

El trabajo de Foucault sobre la gubernamentalidad —y particularmente sobre la gubernamentalidad liberal y neo-liberal—[125] contradice la postura de que él no tenía interés en el Estado o en el derecho, aunque evidentemente se acercó a estos fenómenos desde un ángulo distinto al de muchos teóricos políticos y jurídicos. Sólo dos de las cuestiones planteadas por este trabajo pueden ser consideradas aquí, y sólo brevemente.[126] Primero, ¿cuál es la relación entre gubernamentalidad y la generalización de las disciplinas, y qué tienen que estos fenómenos con el Estado? Segundo, ¿cómo han afectado estos fenómenos la forma y las funciones del derecho moderno?

A. *El Poder y el Estado Moderno*

Un pasaje en el volumen 1 de la *Historia de la Sexualidad* –una obra completada después de *Vigilar y Castigar* pero antes que muchos de los escritos sobre gubernamentalidad referidos anteriormente– sugiere que la gubernamentalidad, como la disciplina, es una forma de "poder sobre la vida":

> Concretamente, ese poder sobre la vida se desarrolló desde el siglo XVII en dos formas principales; no son antitéticas; más bien constituyen dos polos de desarrollo enlazados por todo un haz intermedio de relaciones. Uno de los polos, al parecer el primero en formarse, fue centrado en el cuerpo como máquina: su educación, el aumento de sus aptitudes, el arrancamiento de sus fuerzas, el crecimiento paralelo de su utilidad y su docilidad, su integración en sistemas de control eficaces y económicos, todo ello quedó asegurado por procedimientos de poder característicos de las disciplinas: anatomopolítica del cuerpo humano. El segundo, formado algo más tarde, hacia mediados del siglo XVIII, fue centrado en el cuerpo-especie, en el cuerpo transido por la mecánica de lo viviente y que sirve de soporte a los procesos biológicos: la proliferación, los nacimientos y la mortalidad, el nivel de salud, la duración de la vida y la longevidad, con todas las condiciones que pueden hacerlos variar; todos esos problemas

[124] *Ibidem.*

[125] Foucault, *El nacimiento de la biopolítica*, *op. cit.*

[126] Para excelentes reseñas la version en inglés, véase en particular Lemke, Thomas, "The Birth of Biopolitics": Michel Foucault"s lecture at the Collège de France on neoliberal governmentality", *Economy and Society*, vol. 30, 2001 y Donzelot, Jacques, "Michel Foucault and liberal intelligence", Economy and Society, vol. 37, 2008; para análisis sustentados, véase Bröckling, Ulrich, Susanne Krasmann, & Thomas Lemke (eds.), *Governmentality: Current Issues and Future Challenges*, Londres, Routledge, 2010; Dean, Mitchell, *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*, 2a ed., Londres, Sage, 2010 y Walters, William, *Governmentality: Critical Encounters*, Londres, Routledge, 2012).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> los toma a su cargo una serie de intervenciones y controles reguladores: una biopolítica de la población.[127]

Asumamos, primero, que esta segunda forma de poder —el "biopoder"— se aproxima a lo que Foucault posteriormente describiría como gubernamentalidad, y segundo, que las "intervenciones y controles reguladores", a través de los cuales este biopoder ha sido efectuado, incluyen intervenciones del Estado. Al unir estos puntos con las anteriores afirmaciones de Foucault sobre el papel del Estado en la generalización de la disciplina, concluimos con una hipótesis preliminar sobre la posición del Estado en relación a la gubernamentalidad y la disciplina. El surgimiento de la gubernamentalidad moderna coincidió con los inicios de un proceso en el cual el Estado gradualmente asumió gradualmente mayor responsabilidad para asegurar la salud y fecundidad del "cuerpo especie": coincidió con los inicios de un proceso que eventualmente llevaría a un Estado de "bienestar". (Por ejemplo, la regulación de la higiene pública, la calidad de la comida y la sanidad, los esfuerzos por combatir hambrunas y epidemias así como en general reducir la incidencia de la enfermedad, y construir así como los controles ambientales —todas intervenciones paradigmáticamente "biopolíticas"— eventualmente se centralizaron bajo los auspicios del Estado y siguieron siendo importantes actividades estatales). El esparcimiento de la disciplina, mientras tanto, se conectó con el ascenso del Estado "social": un Estado que no sólo asumió el control sobre ciertas funciones disciplinarias (especialmente a través de su creciente rol en la educación), sino que también reconoció una responsabilidad de proveer "seguridad social". La arquitectura del aparato de seguridad social contemporáneo, con su burocracia de funcionarios y profesionales que todo lo ven y todo lo saben, se podría decir que es en realidad un tipo de prisión panóptica, que funciona al rodear al recipiente de los beneficios con un conjunto de prácticas orientadas hacía re-formación como un ciudadano responsable y activo.

Sin embargo, existen problemas con esta interpretación sobre la relación gubernamentalidad-disciplina. Primero, se podría decir que la representación de la gubernamentalidad como biopoder produce una concepción excesivamente estrecha de la gubernamentalidad, que en cambio deja sin explicar el rango de otras funciones (no "biológicas" o no directamente "biológicas") realizadas por el Estado moderno. En realidad, Foucault mismo adoptó una concepción más amplia de la gubernamentalidad en sus

[127] Foucault, *Historia de la sexualidad, op. cit.*, p. 168.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

conferencias del Collège de France en 1978, sugiriendo que ésta se encontraba conectada justamente con cada aspecto de la "vida" colectiva:

> los hombres, pero en sus relaciones, sus lazos, en sus imbricaciones con esas cosas que son las riquezas, los recursos, los artículos de subsistencia y el territorio, claro, en sus fronteras, con sus cualidades, su clima, su sequía, su fertilidad…. [además] a los hombres en sus relaciones… con las costumbres, los hábitos, las maneras de actuar o de pensar… y [al igual que] con los accidentes, o los infortunios, como el hambre, las epidemias y la muerte.[128]

Segundo, la sugerencia de que la educación del Estado y los sistemas de seguridad social son los *loci* prominentes del poder disciplinario en la sociedad moderna nos permite inferir que el ámbito privado, no-estatal, es de alguna manera una zona libre de disciplina. Ambas proposiciones parecen estar en desacuerdo con el énfasis Foucaultiano sobre la absoluta omnipresencia del poder, aunque Foucault mismo nunca desarrolló una explicación exhaustiva sobre el papel del Estado en relación con todas las formas de poder en las que estaba interesado. Sin embargo, sus escritos provocaron otras investigaciones para completar las (deliberadas) lagunas en su explicación, y una gran cantidad de literatura sobre "estudios de gubernamentalidad" —demasiado compleja y densa para abordarla en detalle aquí— ha surgido sobre este tema general.[129] Basta para nuestro propósito señalar algunos breves puntos sobre las cuestiones discutidas en dicha literatura.

De forma más importante, esta literatura hace un uso considerable de los escritos de Foucault sobre las "técnicas del yo". Estos escritos no han sido mencionados hasta el momento en este capítulo, pero sosteniblemente emergen de y desarrollan un tema que ya era aparente en *Vigilar y Castigar*. Dicha obra se enfoca en las prácticas disciplinarias que actúan sobre los cuerpos humanos como objetos. Vimos, sin embargo, que estas prácticas pueden llevar a la formación de "sujetos" autoconscientes, mientras que el

[128] Foucault, *Seguridad, territorio, población, op cit.*, p. 122. El término "biopolítica" ha experimentado una serie de transformaciones en las manos de escritores como Giorgio Agamben, Maurizio Lazzarato y Antonio Negri (véase Lemke, Thomas, *Biopolitics: An Advanced Introduction*, Nueva York, NYU Press, 2010, para una reseña completa de la historia del concepto). Estos escritores citan a Foucault como el precedente para su utilización, pero su versión del concepto es, en varias maneras, antitética en referencia al ofrecido por Foucault mismo (véase Rabinow, Paul y Nikolas Rose, "Biopower Today," *BioSocieties*, vol. 1, 2006).

[129] Para algunas sinopsis, véase *e.g.* Rose, Nikolas, Pat O'Malley y Mariana Valverde, "Governmentality", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 2, 2006; Donzelot, Jacques y Colin Gordon, "Governing liberal societies – the Foucault effect in the English-speaking world", *Foucault Studies*, vol. 5, 2008; Walters, *Governmentality: Critical Encounters*, *op. cit.*, Cap. 2.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

individuo objetivado se convirtió en el instrumento y vehículo del poder: aquí, la sujeción se encuentra ligada con la "subjetificación", o la generación de individuos con capacidades desarrolladas de autorreflexión y libre voluntad. En ocasiones, a lo largo de *Vigilar y Castigar*, pareciera que Foucault sugiere que la disciplina es la única fuerza de subjetificación: que el yo se encuentra completamente determinado por las relaciones disciplinarias del poder. Subsecuentemente, sin embargo, concluye que hay otras prácticas de autoformación que no son reducibles a las labores del poder disciplinario (aunque bien podrían ser complementarias). Él llama a estas otras prácticas como técnicas del yo, y sostiene que se incorporan a su vez en una tecnología distinta: aquella de la "confesión". La clave para el éxito de la confesión como tecnología del yo es la creencia ampliamente sostenida de que uno puede –con la ayuda de un cierto tipo de pericia– descubrir la verdad acerca de sí mismo y actuar sobre ella. Esta creencia es central no solo para la cultura de la terapia moderna y las ciencias de la "psique" que la sostienen, sino también para los asuntos más ordinarios de cada día, incluyendo hacer dieta, ejercicio y compras. Lo que caracteriza a estas prácticas es que son mediadas por algún tipo de pericia –ya sea una ciencia de la nutrición, o la última novedad del *fitness*, o el conocimiento de la moda– que sin embargo la "naturalidad" de absorber y actuar conforme a tal pericia es tan incuestionado que pareciera irrazonable postular que cualquiera de éstas pueda encontrarse ligada al poder. No obstante, precisamente esta es la afirmación de Foucault. Sostiene que las técnicas del yo están relacionadas a una forma de poder que "clasifica a los individuos en categorías, los designa por su propia individualidad, los ata a su propia identidad, les impone una ley de verdad que deben reconocer y que los otros deben reconocer en ellos. Es una forma de poder que transforma a los individuos en sujetos".[130] Se sigue que la disciplina y la confesión son dos lados de la misma moneda —o tal vez, dos cabezas de un monstruo con muchas cabezas—. La disciplina es un conjunto de microprácticas orientadas hacía el gobierno de otros como "cuerpos silenciosos y dóciles"; las técnicas del yo son orientadas hacía el gobierno del yo como un sujeto que es expresivo, que desea y que se autodetermina. El poder disciplinario implica un saber del cuerpo y una capacidad de intervenir es sus operaciones; el poder "confesional" implica un conocimiento de buena fuente de los deseos internos, energías y aspiraciones, y una habilidad de dirigirlos en maneras particulares.

[130] Foucault, "El sujeto y el poder", *op. cit.*, p. 7.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El potencial de las ideas de Foucault concernientes a las técnicas del yo para ofrecer una nueva perspectiva sobre técnicas de gobierno específicamente neo-liberales no ha sido olvidado por los intérpretes de Foucault. El trabajo de los sociólogos Peter Miller y Nikolas Rose, por ejemplo, procede del supuesto de que el individuo próspero, responsable y autodeterminado es un artefacto de prácticas de poder/saber tanto como lo es el criminal reformado o el beneficiado de la asistencia social,[131] y es igual de responsable del buen funcionamiento del estado. Lejos de ser "naturales", las capacidades, identidades y formas de conducta –elección, el individuo libre y culturas de la empresa, autoayuda y autorrealización– que son consideradas como las valiosas antítesis de aquellas relacionadas con la dependencia de la asistencia social, requieren de ser artificialmente producidas o arregladas.[132] Que el Estado no *supervise* por sí mismo esa producción no significa que no pueda *movilizarla* o explotarla una vez producida. Las políticas de privatización y desregulación que dominaron la política en los países industrializados durante los años ochenta y noventa, por ejemplo, estimularon el refinamiento y esparcieron las técnicas de administración —del yo y de otros— de un modo que distanció al Estado de una esfera privada de libre elección, mientras que al mismo tiempo moldeó y formó esa esfera en direcciones particulares.[133] Los ejemplos se pueden multiplicar: el asunto es que el Estado regulador ha llegado a apoyarse de forma incrementada, aunque indirecta, en técnicas para producir las capacidades *auto*-reguladoras de los individuos "privados". En la medida en que estas técnicas produjeron resultados que concuerdan con los objetivos de las autoridades políticas, permiten a los ciudadanos el gobernarse a sí mismos mientras que al mismo tiempo sirven a las grandes prioridades políticas.

Este acercamiento al proyecto de Foucault plantea una nueva manera de analizar el papel del Estado en relación a las formas de poder en las que él se interesó: la disciplina, la gubernamentalidad y la "confesión". Aquellos que adoptan esta perspectiva se enfocan en cómo las prácticas de autogobierno y de gobierno de otros han llegado a ser utilizadas por el Estado

[131] Rose, Nikolas y Miller, Peter, "Political power beyond the state: problematics of government", *Journal of Sociology*, vol. 43, núm. 2, 1992, p. 177; véase también Rose, Nikolas, *Powers of Freedom: Reframing Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999

[132] Burchell, Graham, "Liberal governments and tecniques of the self", *Economy and Society*, vol. 22, núm. 3, 1993, pp. 267-283, pp. 269-276; Rose, Nikolas, "Expertise and the Government of Conduct" *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 14, 1994, pp. 381-386

[133] Véase *e.g.* Barron, Anne, "The Governance of Schooling", *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 14, 1996

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

moderno hacia el gobierno poblaciones completas. El gobierno aquí es definido de forma muy amplia: designa un "dominio triple"[134] de objetificar y subjetificar las prácticas orientadas hacía "la conducción de la conducta" –la de otros individuos, la de uno mismo, y la de las poblaciones. Aunque son utilizadas por el Estado, el gobierno no es considerado desde esta perspectiva como si fuese reducible a la acción estatal: el gobierno no designa ni un aparato particular (el ejecutivo y sus agencias), ni un particular conjunto de instrumentos políticos (reglas, juicios administrativos), sino un conjunto heterogéneo de prácticas orientadas hacia la conducción de la conducta de una cierta población y de cada uno de sus miembros. Además, la relación entre el gobierno y el Estado no es entendida como una en la que el primero derive del segundo: "la cuestión [no] es explicar los gobiernos en términos de 'poder del Estado', sino de determinar cómo, y hasta dónde, el Estado se encuentra articulado en la actividad del gobierno".[135]

Pero si las relaciones de poder, entendidas en el sentido que Foucault le otorga al término (están basadas en mecanismos disciplinarios, confesionales y de gubernamentalidad), "cada vez más han caído bajo un control del Estado", ¿qué implicaciones tiene esto para la teoría jurídica? Foucault atormentó a sus lectores con sugerencias de que mientras más ha confiado el Estado en los mecanismos de poder que no tiene nada que ver con la soberanía, más ha sido "invadido" o "colonizado" el derecho por los procesos de normalización; o ha sido utilizado como una "táctica" gubernamental; o ha sido "incorporado" a un "continuum" de aparatos reguladores. Foucault no dice mucho respecto de la naturaleza de una elaboración detallada de estas metáforas, así que un cierto grado de reconstrucción será necesario si es que hemos de conjugarlas dentro de una narrativa coherente sobre la relación entre el poder y el derecho moderno.

B. *Poder y Derecho Moderno*

En cierto sentido, no hay nada particularmente controversial o novedoso en el fenómeno que intentan invocar las metáforas de Foucault: es el mismo fenómeno que Teubner ha descrito como "la materialización del derecho formal",[136] y ha sido ya advertida en este texto por Jürgen Habermas como la cuarta "hornada" de juridicización. Todas estas formulaciones

[134] Dean, Mitchell, *Critical and Effective Histories*, Londres, Routledge, 1994, p. 176

[135] Rose y Miller, "Political power beyond the state", *op. cit.*, p. 177; véase también Walters, Walters, *Governmentality: Critical Encounters*, *op. cit.*, p. 37-43

[136] Teubner, Gunther, "Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions" en Teubner, Gunther (*ed.*), *Juridification of Social Spheres*, Berlin, de Gruyter, 1987.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

contienen un reconocimiento acerca de que la forma del derecho cambió de maneras fundamentales con el ascenso del Estado de social y democrático de derecho o de bienestar, aunque difieren respecto de los supuestos que aceptan acerca de las causas e implicaciones de ese cambio.

La forma del derecho que Teubner (siguiendo a Max Weber) describe como "formal" comienza a tomar forma con el ascenso del Estado burgués en el siglo XVII y persistió como la forma dominante del derecho en Occidente hasta aproximadamente finales del siglo XIX (un periodo que abarca la primera, la segunda y la tercera de las cuatro hornadas de juridicización de Habermas). Puesto de forma muy esquemática, los rasgos característicos del derecho formal como "tipo ideal" son las siguientes: tienden a ser enmarcados en términos abstractos y generales (en vez de concretos y particulares), y a ser universalmente aplicables a todos los sujetos dentro de una jurisdicción; éste por lo tanto asume que todas las personas jurídicas son formalmente lo mismo. A su vez, las características de la persona jurídica son, a su vez, una voluntad libre y responsable, y la capacidad de ejercer voluntad al contratar con otros y adquiriendo y disponiendo de la propiedad. La función predominante del derecho formal es proporcionar elementos para la coexistencia de ésas personas: describir los límites de la libertad de cada uno, de modo tal que cada uno tenga la máxima libertad para perseguir sus propios fines en una forma consistente con la libertad los demás. Para tal fin, garantiza la vida, la libertad y la propiedad de los individuos, y hace posible la existencia de procedimientos para realizar y ejecutar contratos. Estas garantías son positivamente instituidas por un aparato estatal que es reconocido como la única fuente de legislación con autoridad en su territorio. A su vez, el poder del Estado está dividido entre la legislatura, los tribunales, y el ejecutivo con su brazo administrativo, pero los tribunales son los guardianes particulares de la generalidad y universalidad del derecho. Por un lado, éstos permiten que la voluntad del legislativo sea la única universalmente obligatoria cuando es expresada en forma de leyes pública y debidamente promulgadas; por otro lado, permiten que el poder ejecutivo sea ejercido imparcialmente bajo la autoridad dada por la ley. Las decisiones judiciales, por así decirlo, sujetan tanto a la legislación y a la administración a sus propias racionalidades. Además, en un orden jurídico caracterizado por la calidad de la formalidad, la racionalidad de la decisión judicial es en sí misma formal: la toma de decisiones procede a través del despliegue de un método caracterizado por una lógica abstracta y conceptual, así como por un rigor deductivo, que sólo da consideración a las características generales de cada caso individual.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Se dicho hoy que la existencia de un orden jurídico que ampliamente exhibe las características de la racionalidad formal ha correspondido a una fase temprana en el desarrollo del Estado moderno, con la *materialización* del derecho formal que pareciera ser la tendencia dominante en la evolución jurídica desde el nacimiento del Estado social y democrático de derecho y a través de su periodo de expansión y consolidación. Esta tendencia se encuentra acompañada por un conjunto diverso de supuestos concernientes a la naturaleza de la sociedad civil y al papel del Estado con relación a ésta. Lejos de encontrarse poblada por un conjunto de "voluntades" abstractas, cada una persiguiendo sus propios fines independientes en el ejercicio de una libertad jurídicamente garantizada, la sociedad civil es vista como un "cuerpo" social viviente, trabajador, y reproductivo, que se sostiene mediante la interdependencia conflictual de un vasto conjunto de "intereses" diferentes, y ello requiere de la intervención del Estado para "balancear" tales intereses. El Estado debidamente asume la labor de examinar el cuerpo social, señalando sus desequilibrios, y prescribiendo los remedios apropiados. Éste formula metas designadas para lograr un amplio rango de procesos sociales, y enlista el sistema jurídico en el proyecto de realizarlos. Los efectos sobre la forma del derecho "van desde un debilitamiento de la idea de generalidad a cambios en los métodos de interpretación".[137] La políticas son designadas para ser logradas, si es necesario, cambiando el comportamiento de los individuos particulares. Son dirigidas hacía la realización de fines concretos, no como reglas generales e impersonales. Consecuentemente, la interpretación de la legislación orientada por metas requiere un razonamiento propositivo en vez de uno deductivo, y esto en sí mismo parece erosionar la distinción entre el proceso de legislar y el proceso de aplicar las leyes: cuando las sentencias judiciales se convierten en un asunto de determinar el propósito de una disposición legislativa, los tribunales necesariamente deben utilizar argumentos sobre políticas similares a aquellos que son característicos de la arena parlamentaria. Una concomitante adicional de la orientación propositiva en el derecho es la expansión del aparato administrativo del Estado. El rango de intereses sociales es grande y variado. Éstos a menudo entran en conflicto, su estatus es relativo al tiempo, espacio y contexto, y siempre hay más intereses esperando a ser descubiertos. La labor de definirlos y ponderarlos es por lo tanto delicada, y está más allá de los recursos y capacidades de cualquier parlamento. No obstante, la realización de las metas legislativas depende, de forma típica, de un cuidadoso balance de diversas consideraciones: las políticas son a

[137] *Ibidem.*, p. 15

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

menudo formuladas como estándares vagos que requieren ser atribuidas con un significado concreto por aquellos responsables de su ejecución. Esto explica la necesidad de asignar a las entidades administrativas amplios poderes discrecionales: la realización de una regulación exhaustiva requiere no sólo de más administración, sino de una discreción más amplia en la toma de decisiones administrativas.

Tres implicaciones de estos cambios en la forma del derecho en el Estado social ameritan mención particular, dado que pueden iluminarnos sobre algunas observaciones de Foucault concernientes a la "colonización" del derecho por parte de los procedimientos de normalización. Primero, mientras que el derecho formal pertenece al orden de "como si"[138] —no se deduce de hechos del mundo— el derecho "social" depende fuertemente en un conocimiento de los contextos en los que ha de surtir efecto: un conocimiento de las poblaciones y sus ambientes, recursos, necesidades, problemas y patologías. La materialización del derecho formal consiste en la juridicización de los hechos y necesidades expuestos (y en cierto sentido construidos) por este conocimiento –de estos, las más urgentes a finales del siglo XIX eran las condiciones de vida y de trabajo del proletariado urbano. "Fue el conflicto entre demandas políticas de compensación por los resultados de la industrialización y las estructuras del derecho formal clásico las que desataron la crisis del derecho formal, ante la cual el derecho ha respondido con tendencias de materialización".[139] Las demandas políticas fueron traducidas en "DERECHOS SOCIALES" —para salvaguardar a los trabajadores de la explotación en el trabajo; para salvaguardar a los arrendatarios de la evicción arbitraria; y así sucesivamente— y el derecho equipó a los administradores del Estado social con poderes (discrecionales) para "compensar" en primer lugar a aquellos imposibilitados para encontrar empleo o vivienda. Segundo, mientras que dentro del orden jurídico formal el sujeto jurídico es un entidad abstracta, despojada de determinaciones empíricas y por ende formalmente igual a todos los demás sujetos jurídicos, el derecho social toma a las personas como las encuentra en el mundo y abandona la idea de que las leyes deban ser las mismas para todos.[140] "El sujeto jurídico abre camino al asalariado, el consumidor, el pro-

[138] François, Ewald, "Justice, equality, judgement: on social justice" en Teubner, Gunther (ed.) *Juridification of Social Spheres*, Berlin, de Gruyter, 1987, p. 104

[139] Teubner, "Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions,"*op. cit.*, p. 18

[140] François, Ewald, "A concept of social law", en Teubner, Gunther (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, de Gruyter, 1986

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

fesional…".[141] Tercero, mientras que el derecho formal está compuesto por reglas, el derecho social logra sus objetivos por medio de normas. Las políticas con fines abiertos y los estándares clásicos que ésta enuncian invitan a las entidades administrativas a considerar un amplio, constante y cambiante rango de hechos y asuntos, esto con el fin de elaborar juicios sobre personas y situaciones particulares. Pero "juzgar en términos de balance significa juzgar el valor de una acción o práctica en su relación con la normalidad social, en términos de las costumbres o hábitos que son los de un grupo determinado en un momento dado".[142] La norma, por definición, no provee un criterio universal para juzgar, puesto que su contenido es siempre relativo a su contexto. "La norma plantea el problema de una racionalidad jurídica cuyas categorías no son definibles *a priori*, sino solamente *a posteriori*".[143]

En términos foucaultianos, entonces, la existencia de un derecho social atestigua el surgimiento de lo no-jurídico –el gobierno de lo social– dentro de la legalidad misma. Su papel con relación a la sociedad civil no consiste en delinear esferas de libre acción, sino en prescribir una ruta para la regulación del comportamiento social. Como tal, los juicios administrativos deben siempre referir a un saber sobre el comportamiento social: son dependientes de las evaluaciones y diagnósticos de un grupo de técnicos cuya pericia se extiende a lo largo de toda la gama de ciencias sociales –un campo de saber co-extensivo con el ámbito de intervención del Estado. En general, el destino del derecho regulador es el ser "recalifica[do] por el saber": [144] el ser sociologizado. El poder administrativo —el poder de "gobernar" tanto en el sentido tradicional como en el foucaultiano— consiste en el despliegue de un saber científico-social hacia la micro-administración de la "vida" individual y colectiva, se trata de un proceso que no está restringido, sino alentado, por igual por la rama judicial y por la legislativa del Estado. Los intentos por sujetar el proceso administrativo a la racionalidad de la decisión judicial no han tenido efecto en tales procesos, ni resulta en la invasión del discurso judicial por parte de la particular racionalidad de la institución administrativa correspondiente. Los jueces terminan ocupándose del mismo sistema *ad hoc* de balance de intereses que preocupa a los funcionarios administrativos cuyas acciones son objeto de su control, utilizando los mismos modos de razonamiento y recurriendo al mismo conocimiento pericial sobre hechos y asuntos.

[141] François, "Justice, equality, judgement: on social justice", *op. cit.*, p. 109
[142] François, "A concept of social law", *op. cit.*, p. 68
[143] François, "Justice, equality, judgement: on social justice", *op. cit.*, p. 109
[144] Foucault, *Vigilar y Castigar, op. cit.*, p. 29.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Entonces, es posible dar sentido a las observaciones de Foucault concernientes a las implicaciones para el derecho del ascenso de la gubernamentalidad al interpretarlas como si refirieran a un fenómeno familiar tal como la dependencia del derecho moderno en el saber, el reconocimiento de la experiencia vivida de por las personas "reales" (arrendatarios, trabajadores, consumidores, mujeres, etc…) como capaces de influenciar la definición de subjetividad en el derecho, y la tendencia del derecho a facilitar las actividades estatales de regulación burocrático-administrativas. Cuando las observaciones de Foucault *son* leídas de este modo, algunas críticas comunes respecto de su postura con relación al derecho comienzan a parecer fuera de lugar. Por ejemplo, Alan Hunt ha argumentado que Foucault adopta una concepción del derecho reductiva y ahistórica al comprometerse con un modelo ampliamente austiniano del derecho como mandato o prohibición.[145] El fracaso Foucault en no reconocer el cambio que ocurre en el derecho moderno, donde se pasa del mandato a la regulación como la forma dominante, sostiene Hunt, conduce al fracaso mayor de no reconocer que la forma del derecho se encuentra sujeta a cambios y variaciones en el tiempo. Consecuentemente, el derecho necesariamente es relegado dentro del marco de Foucault, a una posición que no sólo está radicalmente separada del funcionamiento del poder en la sociedad moderna, sino que es irrelevante a éste: la operatividad de las disciplinas, después de todo, no se asegura por medio de la prohibición, sino por el proceso de normalización que tiende a ser productivo, y no es de naturaleza represiva. Por el contrario, para Hunt el derecho regulador "se ha tornado en la agencia primaria del avance de las nuevas modalidades del poder y proporciona uno de los métodos distintivos de operación de las nuevas tecnologías del poder",[146] de manera tal que es ahora el mecanismo de mediación a través del cual los mecanismos contemporáneos de normalización son agregados,[147] coordinados[148] y supervisados.[149] Lejos de ser irrelevante para la operatividad de las nuevas formas de poder en la sociedad moderna, el derecho se encuen-

[145] Hunt, Alan, *Explorations in Law and Society: Towards a Constitutive Theory of Law*, Londres, Routledge, 1993, Cap. 12. Sobre el modelo de derecho de John Austin, véase, POSITIVISMO JURÍDICO: SIGLO XIX Y XX.

[146] *Ibidem.*, p. 299

[147] *Ibidem.*, p. 274

[148] *Ibidem.*, p. 289

[149] *Ibidem.*, p. 300

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tra entrelazado con éstas, y "en algún sentido importante, es constitutivo de [ellas]"[150].

Debería ser claro de lo precedente que la primera acusación no puede ser exitosa: indudablemente Foucault presta atención al nacimiento del derecho regulador y es claramente consciente de su importancia para enmarcar e institucionalizar el poder disciplinario así como las otras "tecnologías" del poder. Parecería que el argumento de Hunt se basara en una malinterpretación del uso, ciertamente confuso, de Foucault del término "ley", en cuanto éste disuelve la distinción, señalada anteriormente, entre "leyes" como instrumentos particulares de la acción del Estado, y "legalidad" como un sistema jurídico de poder. Es la legalidad –un sistema para asegurar la legitimidad del poder al exigir adherencia al Estado de derecho– y no las leyes como tales lo que Foucault presenta como si fuesen radicalmente diferente a las formas de poder en las que está interesado –disciplina, confesión y gubernamentalidad– y, como veremos en la sección III.3, la tensión entre estas dos modalidades de poder (descritas en la sección III.1) se mantiene, aún con el surgimiento del Estado regulador y sus instrumentos característicos, las leyes reguladoras.

La segunda acusación de Hunt es más seria, dado que su propio análisis de la relación entre el derecho regulador y el proceso de normalización se encuentra en claro desacuerdo con el de Foucault. Foucault atribuye los cambios en la forma y funciones del derecho moderno a la creciente dependencia del sistema jurídico en las tecnologías del poder que inicialmente tomaron forma *por fuera y aparte* Estado y su sistema jurídico: ocurre más que el Estado moderno y su derecho estén constituidas *por* estas tecnologías que lo contrario. Así que, donde otros críticos (incluyendo a Hunt) verían un proceso de *étatisation* y juridicización "de arriba hacia abajo", Foucault ve un proceso "de abajo hacia arriba" por el cual el Estado se torna "gubermentalizado"[151] a través de su creciente dependencia en técnicas de administración de la población, y el derecho se ve "colonizado" por una lógica de normalización que de antemano se encuentra inmersa en las relaciones sociales.

3. *Pueblo Soberano / Población Gobernable*

Entonces, llegamos a este punto en posesión de dos resultados. Primero, las formas más relevantes de poder en la sociedad moderna no pueden ser

[150] *Ibidem.*, p. 279
[151] Foucault, *Seguridad, Territorio y Población, op. cit.*, p. 136.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

explicadas o acomodadas por los conceptos y marcos constitucionales asociados con los términos de "soberanía" y "legalidad". Pero, segundo, estas formas de poder han sido facilitadas, y su agarre ha sido intensificado, por las prácticas e instrumentos del Estado moderno y su aparato jurídico. Hemos de explorar ahora la relación entre estas dos proposiciones aparentemente contradictorias. La pregunta es esta: ¿cuál es la relación precisa entre, por un lado, el poder judicial, y, por otro, las redes de relaciones de poder disciplinario/confesional/gubernamental que verdaderamente funcionan en la sociedad, que algunas veces parecen forman la base de las actividades del Estado y en otras están institucionalizadas por instrumentos jurídicos?

Al menos dos posibles respuestas a este interrogante emergen de los propios escritos de Foucault. La primera se basa en algo semejante a la metáfora marxista de la base/superestructura, con el poder judicial representado como "superestructural" en relación a lo que por conveniencia hemos de referirnos como "otras" formas de poder. Al escribir sobre la disciplina, por ejemplo, Foucault observa lo siguiente:

> la forma jurídica general que garantizaba un sistema de derechos en principio igualitarios [eran respaldados por] mecanismos menudos, cotidianos y físicos, todos esos sistemas de micropoder esencialmente inigualitarios y disimétricos que constituyen las disciplinas. Y si, de una manera formal, el régimen representativo [de soberanía parlamentaria] permite que directa o indirectamente, con o sin enlaces, la voluntad de todos forme la instancia fundamental de la soberanía, las disciplinas dan, en la base, garantía de la sumisión de las fuerzas y de los cuerpos. Las disciplinas reales y corporales han constituido el subsuelo de las libertades formales y jurídicas.[152]

En teoría política y derecho constitucional, Foucault pareciera decir, cada sujeto es igual ante la ley en relación a todos los demás sujetos: todos poseen una voluntad igual y por tanto todos son capaces de participar en el contrato que "forma la autoridad fundamental de la soberanía", todos son igualmente capaces de votar, igualmente capaces de participar en todos aquellos otros tipos de contratos como el de trabajo, matrimonio, etc. Sin embargo, si estos actos de voluntad han de ser practicables y funcionales, sus sujetos han de ser activamente producidos como los detentores de capacidades particulares y orientaciones mediante un conjunto de "otras" relaciones de poder: por ejemplo, mediante la capacidad de llevar una vida cumplidora de la ley, observar horarios, cumplir con su parte, y ejercer las labores para las que ha sido contratado. Este es precisamente el papel de la

[152] Foucault, *Vigilar y Castigar*, *op. cit.*, p. 224-5.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tecnología disciplinaria y las otras tecnologías: éstas "parecen prolongar hasta el nivel infinitesimal de las existencias singulares, las formas generales definidas por el derecho [*e.g.*, los contratos]; o también aparecen como maneras de aprendizaje que permite a los individuos integrarse a estas exigencias generales".[153] Además, estas otras formas de poden proceden de *in*equidades, y multiplican tales inequidades. Entonces, aunque el marco formalmente igualitario del derecho es en realidad epifenómenal, éste realiza la útil labor de "ocultar" o "disfrazar" los verdaderos procedimientos de poder y dominación intrínsecos a éstos al representar al poder como si fuese algo distinto a lo que es en realidad. Foucault sugiere que este marco, las teorías que lo explican y lo justifican, y la representación de la sociedad que estas teorías presuponen —una sociedad poblada por ciudadanos libres e iguales— oculta la dominación al representar el poder como capaz, en principio, de ser ejercido legítimamente: es decir, en el modo en que produce obediencia mientras que respeta la libertad fundamental y equidad de los ciudadanos. Este "juridismo"[154] pone límites al poder soberano que de ninguna manera limitan a otras formas de poder. Todo lo que puede decirnos sobre el comportamiento producido por la disciplina es que el comportamiento es acorde a la voluntad libre. Todo lo que pude decirnos sobre las inequidades que la disciplina produce es que éstas son triviales e incidentales.

Esto podría ser entendido como si sugiriese que el poder judicial es para Foucault una mera forma, un cascarón vacío sin sustancia propia más allá de aquella que le es dada por los mecanismos de poder que derivan de otros lugares, y sin otro papel que no sea legitimar a estos otros poderes. Sin embargo, ha de notarse que Foucault en ocasiones insinúa otra concepción diversa sobre las relaciones entre el poder judicial y sus "otros". Esta segunda concepción presenta al poder judicial más como el "compañero necesario"[155] que como el sirviente redundante del poder disciplinario/confesional/gubernamental. Ambos son ciertamente heterogéneos —"tan heterogéneos que no pueden reducirse el uno al otro"—[156] pero "soberanía y [otros] mecanismos disciplinarios son las dos caras constitutivas de los mecanismos generales del poder en nuestra sociedad".[157] Sugiere Foucault, que el mantenimiento del orden y la optimización de la vida colectiva requiere instrumentos de integración jurídico-política *y* social. La

[153] *Ibidem*, p. 225
[154] *Ibidem.*, p. 226.
[155] Foucault, "Curso del 14 de enero de 1976", *op. cit.*, p. 150.
[156] *Idem.*
[157] *Ibidem.*, p. 152.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

disciplina, la confesión y el gobierno son formas de poder que se ocupan en singularidades: personas y poblaciones particulares, y elementos específicos y relaciones dentro y entre éstas; objetivos particulares; instrumentos particulares de intervención. Por otro lado, el poder judicial es una forma de poder que totaliza, abstrae y generaliza: sus categorías son el sujeto universal (el ciudadano), la voluntad universal, la norma universal. Cada forma de poder opera en el límite de la otra. El poder judicial no tiene comprensión de las particularidades: regula una totalidad de ciudadanos, pero no puede administrar a una población o guiar las existencias individuales. El poder disciplinario/confesional/gubernamental puede hacer todo esto, pero sólo al constituir a la "sociedad" como la incubadora de la pluralidad de necesidades, intereses y formas de vida, y al fragmentar la totalidad social en una multiplicidad de personas y grupos que pudieran reclamar estas necesidades, intereses y formas de vida como propias y hacerlas valer en el ámbito público. Por ende, esta forma de poder genera una posibilidad permanente de conflicto e inestabilidad social. Recordemos las afirmaciones de Foucault, señaladas anteriormente, que el poder es productivo y que la posibilidad de resistencia está inscrita en cada relación de poder. La disciplina/confesión/gobierno son de hecho productivas, y la resistencia que provocan se encuentra realmente o potencialmente en todos lados: este "biopoder" que torna la vida y sus mecanismos en objetos que pueden ser manipulados para fines políticos, por ejemplo, ha generado una amplia variedad de movimientos sociales oposicionales que hacen valer un conjunto particular de "derechos" "la vida, al cuerpo, a la salud, a la felicidad, a la satisfacción de las necesidades… [que son] tan incomprensible[s] para el sistema jurídico clásico".[158] Entonces, esta forma de poder requiere estar acompañada por otra modalidad del poder que puede contener resistencia, filtrar las demandas que acompañan a la resistencia por referencia a un criterio universal de lo correcto, y representar a un orden social diferente como si estuviese fundamentado en un criterio más fundamental de lo común alrededor del que todos nos podamos unir. Esta otra modalidad del poder es el poder judicial: el poder que es ejercido a través de la ley. El poder judicial exige obediencia puesto que sus normas han sido consentidas por la ciudadanía, reconoce sólo aquellos derechos que son necesarios para lograr la autonomía del ciudadano *qua* ciudadano, y apela a la categoría abstracta de ciudadanía como la identidad común que hace a estas responsabilidades y derechos tanto posibles como deseables. El gobierno de la

[158] Foucault, *Historia de la sexualidad*, *op. cit.*, p. 175-6.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

población requiere absolutamente de la soberanía del "pueblo" y el Estado de derecho, incluso cuando pareciera oponérsele.

De esto se sigue que las categorías de "ciudadanía" y "derecho" no pueden, para Foucault, ser invocadas para dar expresión política a la resistencia sin neutralizar tal resistencia, al forzarla a regresar al mismo aparato del que busca escapar. Al escribir sobre luchas contra el poder disciplinario, por ejemplo, Foucault sostiene que, dado que la noción de derechos se encuentra inextricablemente unida con la lógica de la soberanía, apelar a los derechos (*e.g.* el derecho "a encontrar lo que uno es y todo lo que uno puede ser"[159]) como medio para contrarrestar la disciplina sólo puede llevar a "callejón sin salida: no es recurriendo a la soberanía en contra de las disciplinas como se podrán limitar los efectos del poder disciplinario"[160]. Y aunque Foucault advierte sobre "un nuevo derecho que sería antidisciplinario al mismo tiempo que liberado del principio de la soberanía"[161], esta idea nunca es desarrollada en sus escritos. Esto nos regresa al argumento de Nancy Fraser señalado anteriormente, sobre las contradicciones normativas encontradas en el proyecto de Foucault. Él aprueba la resistencia, pero ve al lenguaje de los derechos como si estuviesen en total complicidad con el poder, de modo que no pude recomendar utilizar ese lenguaje como marco para expresar resistencia. Sin embargo, cuando trata de formular un lenguaje alternativo él o regresa a una versión de discurso de los derechos ("una nueva forma de derecho")… o no dice nada en lo absoluto.

IV. Historia

> Bajo ninguna circunstancia habría que prestarle atención a quien dice: "No critiques, dado que no eres capaz de elaborar una reforma". Eso es discurso ministerial de gabinete. La crítica no tiene que ser la premisa de una deducción que concluya con un "entonces, esto es lo que hay que hacer." Debería de ser un instrumento para aquellos que luchan, aquellos que resisten y rechazan lo que es. Su uso debería encontrarse en procesos de conflicto y confrontación, ensayos de rechazo. No debe fundamentar la ley en la ley… es un reto dirigido a lo que es.[162]

La cita anterior bien podría ser vista como la réplica a la crítica de Fraser. Aunque admite que no ofrece ninguna teoría normativa de la que se pueda derivar un programa de reforma jurídica, Foucault, no obstante, insiste

[159] *Ibidem.*, p. 176.
[160] Foucault, "Curso del 14 de enero de 1976", *op. cit.*, p. 152.
[161] *Idem.*
[162] Foucault, "Questions of Method", *op. cit.*, p. 84.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

aquí que la crítica no necesita —y no debe— tomar tal forma. En cambio, debería de consistir de "ensayos de rechazo", o como lo pone en otros escritos, "problematización" de "lo que es". Toral a esta variedad de críticas es el énfasis que pone en la *historia* de "lo que es" —la historia del presente— y el uso que hace de un método particular para interpretar los eventos pasados. El enfoque de Foucault sobre la historia genera difíciles cuestiones filosóficas, así como lo hace su concepción de la relación entre hacer historia y comprometerse en "crítica". Estas cuestiones no pueden ser tratadas aquí, y es suficiente para nuestros propósitos describir a ambas en esta breve sección final. Siguiendo a Nietzsche,[163] Foucault llama a su método "genealogía" en vez de historia, como un modo para marcar su distancia de la historiografía tradicional. "El modo en que los [historiadores] trabajan es adscribiendo al objeto que analizan el mecanismo o estructura disponible más unitario, necesario, inevitable y (últimamente) extra-histórico",[164] de modo que el surgimiento del "objeto" luzca autoevidente e indispensable. Foucault quiere en cambio enfatizar el estatus contingente de los eventos históricos, para verlos principalmente *como* "eventos", sin suponer un proceso inevitable que les dio nacimiento. Entonces, un aspecto de la genealogía es lo que Foucault denomina "eventalización": "haciendo visible una *singularidad*… donde existe una tentación a invocar una constante histórica".[165] Para Foucault, una investigación genealógica de, por ejemplo, la sustitución del encarcelamiento por la tortura como el medio general del castigo no liga a este proceso a una "ley" de evolución histórica, tal como el esparcimiento de ideales humanísticos al inicio de la Ilustración. Por el contrario, toma en serio la *dis*continuidad que este evento efectuó en la práctica penal. Esta atención a la discontinuidad no implica, no obstante, que el genealogista vea los eventos pasados como absolutamente aleatorios e inconexos: el punto es complicar la noción de causalidad histórica, y no rechazarla por completo. Entonces, un segundo aspecto de la genealogía involucra *multiplicar* las "causas" de los eventos: "construyendo alrededor del evento singular analizado como proceso un 'polígono' o 'poliedro' de inteligibilidad, el número de aquellas caras no es dado de antemano y nunca podrán ser propiamente considerados como finitos"[166]. Esto en cambio

[163] Foucault, Michel, "Nietzsche, la Genealogía, la Historia" en *La microfísica del poder*, ed. y traducción al español de Edición y traducción de Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría, Madrid, Ed. La Piqueta, 1979, pp. 7-30.

[164] Foucault, "Questions of Method", *op. cit.*, p. 78.

[165] *Idem.*, p. 76 (el énfasis es del texto original).

[166] *Idem.*, p. 77.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

lleva al genealogista a acomodar elementos que bien puedan ser invisibilidades dentro de explicaciones ortodoxas sobre cómo las cosas han llegado a ser del modo en que son –ya sea porque parezcan triviales, o dado que su relación con el evento en cuestión parece distante o in existente– y el dar sentido del evento al vincular estos elementos, a menudo de maneras sorprendentes. Por cuanto respecta al nacimiento de la prisión, por ejemplo, es una cuestión de hacer visible "no su arbitrariedad, sino sus complejas interconexiones con una multiplicidad de procesos históricos"[167] incluyendo, como hemos visto en *Vigilar y Castigar*, "la historia de prácticas pedagógicas, la formación de ejércitos profesionales, la filosofía empírica británica, técnicas para el uso de armas de fuego, nuevos métodos de división del trabajo"[168].

Entonces, ¿qué es lo "crítico" de todo esto? He aquí, en breve, la respuesta de Foucault: La investigación genealógica siempre se encuentra motivada y formada por una cuestión planteada sobre algún aspecto del presente que los genealogistas consideran como un *problema*. Su objetivo es comprometerse con el presente, no al proveer los planos para el cambio, sino al preguntar "¿cómo llegamos aquí?" "Es cuestión de sacudir [la] autoevidencia, de demostrar [la] precariedad"[169] de los actuales arreglos sociales al trastornar los entendimientos recibidos sobre el valor y la necesidad de estos arreglos, y señalar hacía las fallas "geológicas" dentro y entre ellos que puedan permitirles ser descifrados y re-imaginados.

V. Bibliografía

BARRON, Anne, "The Governance of Schooling", *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 14, 1996.

BRÖCKLING, Ulrich; KRASMANN, Susanne & LEMKE, Thomas (eds.), *Governmentality: Current Issues and Future Challenges*, Londres, Routledge, 2010.

BURCHELL, Graham, "Peculiar interests: civil society and governing "the system of natural liberty"" en Burchell, Graham; Colin Gordon & Peter Miller (eds.) *The Foucault Effect*, Londres, Harvester, 1991.

_____, "Liberal governments and tecniques of the self", *Economy and Society*, vol. 22, núm. 3, 1993.

[167] *Ibidem.*, p. 75.
[168] *Ibidem.*, p. 77.
[169] *Ibidem*, p. 75.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

BURCHELL, Graham; GORDON, Colin & MILLER, Peter (eds.), *The Foucault Effect*, Londres, Harvester, 1991.

DEAN, Mitchell, *Critical and Effective Histories*, Londres, Routledge, 1994.

_____, *Governing Societies*, Maidenhead, Open University Press, 2007.

_____, *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*, 2a ed., Londres, Sage, 2010 .

DONZELOT, Jacques, "Michel Foucault and liberal intelligence", *Economy and Society*, vol. 37, 2008.

DONZELOT, Jacques y COLIN Gordon, "Governing liberal societies – the Foucault effect in the English-speaking world", *Foucault Studies*, vol. 5, 2008.

EWALD, François, "A concept of social law", en Teubner, Gunther (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, de Gruyter, 1986.

EWALD, François, "Justice, equality, judgement: on social justice" en Teubner, Gunther (ed.) *Juridification of Social Spheres*, Berlin, de Gruyter, 1987.

FOUCAULT, Michel, *Arqueología del saber*, traducción al español de Aurelio Garzón del Camino, Buenos Aires, Siglo XII, 1970 [*The Archaeology of Knowledge*, Londres, Routledge, 2002].

_____, *Vigilar y Castigar*, traducción al español de Aurelio Garzón del Camino, Buenos Aires, Siglo XXI, 1976 [*Discipline and Punish*, traducción al inglés de Alan Sheridan, Londres, Penguin, 1977].

_____, "Questions of Method" en Burchell, Graham *et al* (eds.) *The Foucault Effect*, Londres, Harvester, 1991.

_____, "Nietzsche, la Genealogía, la Historia" en Foucault, Michel, *La microfísica del poder*, ed. y traducción al español de Edición y traducción de Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría, Madrid, Ed. La Piqueta, 1979 ["Nietzsche, Genealogy, History" (traducción al inglés de D. F. Bouchard, Sherry Simon) en Bouchard, Donald F. (ed.) *Language, Counter-Memory, Practice: Selected Essays and Interviews*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1977].

_____, *Historia de la Sexualidad 1: La voluntad del saber*, traducción al español de Ulises Guiñazú, México, Siglo XXI Editores, 1991 [*The History of Sexuality: An Introduction*, traducción al ingles de Robert Hurley, Londres, Penguin, 1979].

_____, "Curso del 14 de enero de 1976" en Foucault, Michel, *La microfísica del poder*, ed. y traducción al español de Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría, Madrid, Ed. La Piqueta, 1979 ["Two Lectures" en *Power/Knowledge*, Gordon, Colin (ed.), Londres, Harvester, 1980].

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "El sujeto y el poder", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 50, núm. 3 ["The Subject and Power", en Dreyfus, Hubert y Paul Rabinow, *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, Chicago, Chicago University Press, 1983].

_____, "La gubernamentalidad", en *Estética, Ética y Hermenéutica: Obras Esenciales*, vol. III, traducción de Ángel Gabilondo, Madrid, Paidos, 1999 ["Governnmentality" en *et al.* (eds.), *The Foucault Effect*, Londres, Harvester, 1991].

_____, "Omnes et Singulatim: Hacia una crítica de la razón política, en *La vida de los hombres infames*, Buenos Aires, Altamira, 2006, pp. 117-134 ["Omnes et Singulatim: Towards a Criticism of "Political Reason"" The Tanner Lectures on Human Values, en Stanford University, October 10 and 16, 1979; reimpresas en Foucault, Michel, *Politics, Philosophy, Culture: Interviews and Other Writings, 1977-1984*, ed. Lawrence Kritzman, Londres, Routledge, 1990].

_____, *Defender la sociedad*, traducción al castellano de Mauro Bertani y Alessandro Fontana, Buenos Aires, FCE, 2000 [*Society Must Be Defended*, traducción al inglés de David Macey, Londres, Allen Lane, 2003].

_____, *Seguridad, Territorio y Población*, México: Fondo de Cultura Económica, 2006 [*Security Territory, Population*, traducción al inglés de Graham Burchell, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2007].

_____, *El nacimiento de la biopolítica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007 [*The Birth of Biopolitics*, traducción al inglés de Graham Burchell, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008].

FRASER, Nancy, "Foucault on Modern Power: Empirical Insights and Normative Confusions", *Praxis International*, vol. 3, 1981.

HABERMAS, Jürgen, *The Theory of Communicative Action*, vol. 2, Cambridge, Polity, 1987.

HUNT, Alan, *Explorations in Law and Society: Towards a Constitutive Theory of Law*, Londres, Routledge, 1993.

LEMKE, Thomas, ""The Birth of Biopolitics': Michel Foucault's lecture at the Collège de France on neoliberal governmentality", *Economy and Society*, vol. 30, 2001.

LEMKE, Thomas, *Biopolitics: An Advanced Introduction*, Nueva York, NYU Press, 2010.

PASQUINO, Pasquale, "Theatricum Politicum: The Genealogy of Capital – Police and the State of Prosperity" en Burchell, Graham *et al.* (eds.), *The Foucault Effect*, Londres, Harvester, 1991.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

RABINOW, Paul y ROSE, Nikolas, "Biopower Today" *BioSocieties*, vol. 1, 2006.

RHODES, R.A.W., "The new governance: governing without government", *Political Studies*, vol. 44, 1996.

ROSE, Nikolas y Peter MILLER, "Political power beyond the state: problematics of government", *Journal of Sociology*, vol. 43, núm. 2, 1992.

ROSE, Nikolas, "Expertise and the Government of Conduct" *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 14, 1994.

_____, *Powers of Freedom: Reframing Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

ROSE, Nikolas; O'MALLEY, Pat & VALVERDE, Mariana "Governmentality", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 2, 2006.

SENDING, Ole J. & NEUMANN, Iver B., "Governance to governmentality: analysing NGOs, states, and power", *International Studies Quarterly*, vol. 50, 2006.

TEUBNER, Gunther, "Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions" en Teubner, Gunther (ed.) *Juridification of Social Spheres*, Berlin, de Gruyter, 1987.

WALTERS, William, *Governmentality: Critical Encounters*, Londres, Routledge, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 15
DERECHO COMO DISCURSO

Anne Barron*

Sumario: I. *Teoría cultural-jurídica: el discurso como dominio.* II. *Jürgen Habermas: El discurso como búsqueda del consenso racional.* III. *Bibliografía*

Los años noventa vieron la consolidación de una tendencia dentro de los estudios jurídicos críticos en el Reino Unido y los Estados Unidos hacia un tratamiento directo de los temas de la teoría cultural, en la medida en que esta reflejaba huellas del pensamiento europeo contemporáneo, inspiradas a su vez por figuras como Friedrich Nietzsche y Martin Heidegger. La teoría "cultural-jurídica" que surgió del tratamiento (ejemplificado específicamente por los escritos de Peter Goodrich y Costas Douzinas en el Reino Unido y Pierre Schlag y Drucilla Cornell en los Estados Unidos) dio un giro abiertamente posmoderno y anti-Ilustración: adoptó la interrogante de la teoría cultural al modernismo en general y respaldó los cuestionamientos de la teoría cultural a las ideas filosóficas paradigmáticamente modernas de verdad, totalidad, progreso, libertad y justicia. La más grande pérdida de esta arremetida fue lo que el filósofo alemán contemporáneo y teórico social, Jürgen Habermas, ha denominado la "filosofía de la conciencia" y la forma de razonamiento "centrada en el sujeto" asociada con ella. Habermas mismo ha respondido al desafío planteado por la negación radical de la razón del sujeto hecha por el posmodernismo al encontrar un potencial racional en las interacciones comunicativas *entre* sujetos. Así mismo, Habermas ha resuelto las implicaciones de esta concepción "comunicativa" de racionalidad que tiene la teoría del derecho. Este capítulo considera de manera sucinta los temas centrales de la teoría cultural-jurídica antes de ofrecer un tratamiento más extenso de la alternativa de Habermas. Como veremos, la noción de "discurso" es central en ambos casos, pero para cada uno tiene un significado totalmente distinto.

* Reader in Law, London School of Economics, Inglaterra. (Traducción de Anabel Gómez. Revisión por Jorge Luis Fabra Zamora)

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 563-598.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

I. Teoría cultural-jurídica: El discurso como dominio

Se conoce como "Teoría Cultural" a un vasto campo de investigación interdisciplinaria caracterizado por sus fronteras delimitadas sin mucha rigidez, la vasta y heterogénea diversidad de fenómenos que considera susceptibles de atención teórica seria y la variedad de conceptos y métodos que utiliza para darle sentido a estos fenómenos. Sin embargo, comparte en gran medida los siguientes tres puntos de partida: Primero, la preocupación fundamental que ha mostrado la teoría cultural hacia las "prácticas significantes" y cómo éstas se organizan o regulan en forma de "discursos". Aunque la forma ilustrativa de la práctica significante es el uso de signos lingüísticos en el habla y la escritura, los teóricos culturales han tendido a hacer una analogía entre la cultura *y* el lenguaje y es así como han discernido sistemas de signos en acción en todos lados: por ejemplo, en el diseño del espacio construido y el entorno visual en general; en los códigos de vestimenta, conducta y expresión que estructuran las rutinas de la vida cotidiana y en la codificación de las relaciones sociales a través de categorías de derecho. Segundo, el mensaje central de la teoría cultural ha sido que los discursos, cuyo origen se dice que es social más que individual, producen significados en lugar de simplemente expresarlos y por lo tanto construyen activamente lo que tendemos a pensar como "realidad"; que todo lo que conforma esta "realidad" es por ende producto de, en lugar de anterior a, la cultura (es decir, que la "realidad" es un *efecto* de la miríada de discursos que forman el orden simbólico de la cultura); que diversos discursos pueden producir distintos significados de lo que parece ser el mismo aspecto de la "realidad"; que esas diferencias no pueden resolverse invocando una realidad verdadera que está por encima del discurso; que sin embargo la cultura le da forma a la "realidad" al darle prioridad a algunos significados y no a otros (esto es, tratando algunos significados como evidentemente verdaderos, al tiempo que margina otros como falsos o tendenciosos); pero que estos significados dominantes son inherentemente inestables y pueden ser afectados por significados alternativos, suprimidos. Tercero, en la exploración de estos procesos de producción y descomposición de significado, la teoría cultural ha tomado sus métodos y sus argumentos de una amplia variedad de fuentes, que incluyen la semiótica (entendida en sentido amplio como el estudio de los signos, que incluye signos lingüísticos pero no se limita a ellos), la teoría literaria y el psicoanálisis, y autores, que incluyen

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

varias figuras como Theodor Adorno (1903-1969), Roland Barthes (1915-1980), Walter Benjamin (1892-1940), Judith Butler (1956-), Gilles Deleuze (1925-1995), Michel Foucault (1926-1984), Jacques Derrida (1930-2004), Julia Kristeva (1941-), Jacques Lacan (1901-1981) y Slavoj Žižek (1949-).

La filosofía crítica de Kant es un ejemplo de lo que la teoría cultural adoptó como objetivo en los años ochenta y noventa. Los teóricos culturales, en contra de la insistencia de Kant en la prioridad del sujeto en relación con el mundo fenoménico en el que se encuentra, han hecho énfasis en la prioridad de ese mundo (a saber, su formas de vida lingüísticamente estructuradas) en relación con el sujeto y algunas veces también en la prioridad del "más allá" de este mundo (no el ámbito fundacional de las "cosas como son en sí mismas" sino un más allá *imposible*) en relación tanto con el sujeto y su "realidad" vivida. A la imagen que hace Kant de un sujeto soberano, racional, con certeza de sí mismo y unificado, los teóricos culturales contraponen una imagen de subjetividad que es motivada por un deseo inconsciente, encarnado e incrustado en acuerdos sociales y materiales que se mantienen unidos por el poder, condicionada por estos acuerdos de formas que la dejan irremediablemente fracturada y/o deshecha por una inefable fuerza que excedió la competencia recuperativa de la razón. Sea cual fuere el acercamiento utilizado por estos teóricos –y por el psicoanálisis lacaniano, la genealogía foucaultiana y la desconstrucción derrideana utilizadas todas– el tema común fue que el sujeto no era un origen sino un *efecto*: un efecto, además (no menos que la realidad que percibía), del lenguaje o el discurso, que en este contexto teórico hace referencia al orden estable de las representaciones culturales. Este orden fue considerado tanto productivo como prohibitivo, con la relación entre las dimensiones productivas y prohibitivas del discurso que de cierta manera constituyen lo que se experimenta como realidad y subjetividad y al mismo tiempo son la clave de su inestabilidad (y para la desconstrucción y el psicoanálisis, su insuficiencia).

En general, la teoría cultural-jurídica asumió que el derecho podía ser visto como *objeto del* discurso en el sentido mencionado anteriormente y como el discurso *mismo* y esto a su vez desvió la atención hacia las formas en las que se construyen los significados para el derecho y a través de éste y cómo estos significados están respaldados por, y respaldan, aquellos que sustentan a la cultura más amplia. A manera de ejemplo sencillo, cuando el derecho o los trabajos del sistema jurídico son cubiertos por los medios informativos, o se representan en películas, el derecho se convierte en el objeto del discurso: en este ejemplo, de los discursos del periodismo o del cine. Por supuesto que estos son distintos del discurso jurisprudencial sobre el derecho, pero el teórico cultural-jurídico tendió a considerarlos como

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

igualmente merecedores de seria consideración. Considerar el derecho en sí mismo como discurso, por otra parte, puede parecer contraintuitivo, debido a que a los académicos del derecho generalmente se les enseña a ver el derecho como un sistema *normativo*, cuyos constituyentes esenciales son reglas, no signos. Sin embargo, la respuesta del teórico cultural-jurídico fue que las reglas eran invariablemente formuladas en relación con alguna representación de las relaciones sociales (entre personas, cosas, acciones, ámbitos) cuya función es la de regular y el proceso de aplicación de una regla es siempre el proceso de decidir si una matriz fáctica específica concuerda con esa imagen del mundo. La teoría cultural-jurídica recomendó que se prestara especial atención a estas representaciones y a las estrategias interpretativas mediante las cuales su dominio es asegurado en el proceso de aplicación de las reglas.

Desde luego que la jurisprudencia convencional también se ocupa de la INTERPRETACIÓN JURÍDICA, ya que intenta explicar cómo se producen las "respuestas correctas" –las interpretaciones correctas de los textos jurídicos oficiales: las disposiciones legislativas y las elocuciones judiciales– y qué justifica su legitimidad. Sin embargo, recurriendo a la teoría desconstructiva y psicoanalítica, la teoría cultural-jurídica se propuso revelar cómo estas respuestas racionales correctas, y las narrativas que las sustentan, dependen del poder seductor de la retórica y la fantasía y de la supresión de otras narrativas, pretensiones y posibles resultados. Pero además, la teoría cultural-jurídica ha privado a los textos oficiales jurídicos de los privilegios que la jurisprudencia convencional les otorga. Desde la perspectiva de la teoría cultural-jurídica, otros "textos" jurídicos no escritos –tales como los rituales, los procedimientos, la arquitectura y el simbolismo de las instituciones jurídicas– son en principio igual de significativos que los estatutos y los casos, porque son igualmente susceptibles de generar representaciones: en este ejemplo, de la majestad única del derecho y su legitimidad incuestionable. Y dado que la autoridad de las leyes escritas depende precisamente de su circulación y del continuo refuerzo de los signos de su autoridad, se considera adecuado prestarle la misma atención a estos signos que a los códigos escritos. De hecho, el teórico cultural-jurídico ha tendido a argumentar que si la jurisprudencia convencional sólo *pudiera* teorizar el derecho en términos de reglas que se formulan, aplican y obedecen racionalmente, ello daría cuenta de su propia represión de la dependencia del derecho en factores no racionales, tales como el inconsciente, o las experiencias registradas por los sentidos, para su eficacia. Los teóricos cultural-jurídicos algunas veces han descrito estos aspectos no racionales del control

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

del derecho sobre el ciudadano como pertenecientes de alguna forma al ámbito de la experiencia estética, definida de manera muy amplia para incluir la emoción y la imaginación, así como la experiencia corporal/sensorial (en especial la vista) y el deseo.

En general, entonces, la teoría cultural-jurídica analiza preguntas que sencillamente no podrían formularse en el dialecto de la jurisprudencia tradicional. ¿Cómo es que el derecho entiende el mundo a medida que ordena y regula la "realidad"? ¿Cómo es que el derecho establece la verdad de esta imagen del mundo o fortalece las pretensiones de verdad de los otros conocimientos que admite en su interior? ¿Qué "fantasías" apuntalan estas narrativas? ¿Qué otras representaciones de la realidad, y otros órdenes normativos, se excluyen o niegan en este proceso? ¿Cómo es que estos significados y valores excluidos "regresan" para desestabilizar el texto jurídico u otros "textos" sociales (es decir, formaciones discursivas) que el derecho ayuda a "escribir"? Al formularse estas preguntas, el teórico cultural-jurídico se negó a ocuparse de otras preguntas más familiares para la jurisprudencia tradicional: preguntas como "¿qué distingue a las reglas jurídicas de otras reglas sociales?" o "¿por qué las reglas jurídicas generan obligaciones?" o "¿qué hace que una interpretación de una regla jurídica sea mejor que otra?" La intención de ir más allá de estas preocupantes fue poner en entredicho los supuestos que las respaldan: que el derecho es fundamentalmente distinto de otros fenómenos sociales porque está compuesto de normas que emanan de una fuente institucional específica; que sus normas son legítimas *ipso facto* y que la interpretación jurídica puede en principio terminar en un resultado justo. Sin embargo, al ignorar por completo las preocupaciones de la jurisprudencia, la teoría cultural-jurídica adoptó una serie de presupuestos opuestos, pero igualmente problemáticos: que el derecho es esencialmente similar a otros fenómenos sociales (a saber, sólo un sistema de representación entre otros, que genera formas culturalmente dominantes de ser y actuar); que el orden que ayuda a imponer —sólo porque *es* un orden— es necesariamente represivo y que la interpretación legal inevitablemente termina en injusticia. Este último supuesto merece una breve explicación.

En un texto ilustrativo de este género de teoría cultural-jurídica —*Justice Miscarried: Ethics, Aesthetics and the Law*—[1] Douzinas y su coautor explicaron las bases de la injusticia, desde su perspectiva, de la justicia del derecho en términos reconociblemente anti-modernistas:

[1] Douzinas, Costas y Ronnie Warrington, *Justice Miscarried: Ethics, Aesthetics and the Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1994.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> En la comunidad universal de la razón, que actúa como horizonte para la realización del derecho, el otro… se convierte en lo mismo, se reduce la distancia crítica entre el yo y el otro y la experiencia valorativa o la conciencia moral se funda únicamente en la representación del otro por el ego que conoce y quiere. La alternativa es la exclusión, la prohibición o el olvido del otro. Pero el otro que se me acerca es único y singular; no puede reducirse a una instancia del concepto universal del ego o ser subsumido como un caso o ejemplo bajo una regla o norma general. El derecho de la modernidad basado en el derecho subjetivo y en el imperio del sujeto es curiosamente inmoral pues trata de asimilar y excluir al otro.[2]

Aquí el argumento es que la justicia es en realidad negada por la aplicación de normas abstractas y formales que presuponen una concepción universalista de la subjetividad jurídica: el derecho positivo pretende lograr la justicia al juzgar a personas y situaciones de una manera inevitablemente reductiva (de personas específicas a sujetos de derecho jurídicos y abstractos), y hay algo "extrañamente inmoral" en ello. Sin embargo, es difícil imaginar cómo este tipo de "inmoralidad" se podría evitar, ya que pareciera surgir de la naturaleza misma del derecho como orden normativo y de apelar a la universalidad que está engastada en cada concepción de la justicia conforme al derecho. El derecho desempeña su función orientadora de acciones al proporcionar un marco de reglas indiscutibles y predecibles y su legitimidad yace en que estas reglas sean acordes a una concepción de justicia que es necesariamente —dado que el derecho aplica a todos— universalista. En consecuencia, para inscribirse en el derecho, una pretensión debe ser suficientemente concluyente para ser considerada un derecho que pueda hacerse valer y cumplirse, y además justificable en relación con una norma universal. Entonces, a fin de institucionalizar una pretensión como un derecho jurídico es inevitable subsumirla a una categoría jurídica (dejando con ello un "exceso" inasible fuera de la categoría) y necesariamente asimilar a su emisor dentro del ámbito de sujetos de derecho jurídicos (negando con ello su "otredad") –todo en nombre de la justicia. En resumen, la asimilación de la otredad parecería ser una parte ineludible del proceso jurídico.

La teoría cultural-jurídica nunca ha logrado proporcionar una explicación satisfactoria de una "justicia de alteridad" alternativa que debería reemplazar este proceso. Además, su diagnóstico del problema, que este modelo alternativo resolvería, reflejó una ceguera a su propia "otredad" –la jurisprudencia convencional– puesto que tendió a mezclar dos aspectos de la sentencia jurídica que los juristas han llegado a considerar distintos e

[2] *Ibíd.*, pp. 149-150.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

independientes: la práctica de deliberación y el pronunciamiento de un veredicto. En la explicación de Douzinas y Warrington, el momento interpretativo (deliberativo o reflexivo) de la sentencia jurídica se reduce al momento (determinativo) de la decisión o veredicto, donde este último no es más que un acto de violencia; es decir, un acto que niega la particularidad y otredad de la pretensión y de su emisor. Necesariamente,

> abstrae los detalles, generaliza el suceso, calcula y evalúa a los individuos y los distribuye entre caminos normativos y normal(izados) conforme a una regla que somete lo diferente a lo igual y al otro al yo… Personas concretas se convierten en sujetos jurídicos, características únicas y cambiantes se subsumen en tipos y funciones (¿ideales?), sucesos únicos y contingentes se metamorfosean en "hechos" modelo y las escenas en narrativas empobrecidas construidas conforme a la imaginación limitada de las pruebas y el procedimiento.[3]

Para Douzinas y Warrington, "*[n]ada de lo que ocurrió antes* —sea una interpretación del derecho o un apego al principio"—[4] podría mitigar la irreversibilidad reductiva de la decisión; de hecho, entre más cuidadosa la deliberación, más apta sería para disfrazar la brutalidad de la acción que se lleve a cabo en consecuencia. Todos aquellos aspectos del proceso deliberativo —la contingencia, la apertura al suceso, el encuentro con el otro específico, la indeterminación— que son los verdaderos garantes de una justicia de la alteridad son necesariamente eliminados en el momento de la decisión jurídica y esto parecería ser fatal para cualquier esperanza de lograr esta "justicia" a través del derecho. Por ende, Douzinas y Warrington concluyeron que "el compromiso ineludible del derecho con la regla significa que la injusticia es la condición ineludible del derecho".[5]

II. Jürgen Habermas: El discurso como la búsqueda del consenso racional

En esencia, lo que la frase anterior demuestra es la actitud de profunda sospecha hacia la herencia de los ideales que produjo la Ilustración —la razón, la universalidad, el sujeto soberano unificado, una concepción de justicia organizada en torno a los derechos abstractos de este sujeto y una concepción de la historia humana como tendiente hacia la única meta de

[3] *Ibidem,* pp. 230-231.

[4] *Ibidem,* p. 239, énfasis añadido.

[5] *Ibidem,* p. 183. *Cfr.* Derrida, Jacques, "Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority,'" *Cardozo Law Review,* vol. 11, 1990, pp. 919-1047.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

emancipar la razón de este sujeto— que la teoría cultural-jurídica absorbió del pensamiento europeo post-nietzscheano. Las genealogías del poder disciplinario de Foucault, por ejemplo, (analizadas a detalle en FOUCAULT Y LA TEORÍA JURÍDICA) señalan el lado oscuro de los ideales de razón y libertad de la Ilustración: la historia práctica de objetificación y dominio que ha acompañado su elaboración. En uno de sus primeros trabajos, *Las palabras y las cosas*,[6] Foucault vincula explícitamente la revolución copernicana en filosofía de Kant con el despotismo de lo que para él está unido a la Ilustración. Kant encuentra la condición de la posibilidad del conocimiento en los propios límites finitos del hombre —los límites de las facultades humanas— pero a lo que esto equivale a su vez, como observa Foucault, es a que el hombre alega tener total conocimiento en virtud de sus limitaciones o conocimiento infinito en virtud de su finitud: afirma su finitud sólo para negarla. Esto "produce la peculiar dinámica de esta voluntad de verdad que se estimula de nuevo ante cada frustración con una incrementada y a su vez fracasada producción de conocimiento".[7] La tarea de adquirir total conocimiento del mundo de los objetos, entre los cuales está incluido el hombre mismo, demanda poder infinito, y el terreno en el que este poder se ejerce es "ocupado… por las 'ciencias del hombre', que Foucault percibe como un poder disciplinario que opera insidiosamente".[8] Para Foucault, la Ilustración por tanto sanciona que se dé rienda suelta a esa forma de razón (racionalidad científico-técnica) que es una mera herramienta de cálculo y la generación de "otros" que no cumplen con sus criterios de progreso y la subjetivación responsable: la transformación (en más de una forma) de la revolución en terror. El sujeto trascendental de Kant hace posible esta voluntad insaciable y sus implicaciones patológicas –una de las cuales es la objetificación de ese mismo sujeto en su guisa de ser humano viviente y empírico. Y para Derrida, Lacan y otros (incluyendo a Foucault en sus primeras obras), la única salida para esta "analítica de la finitud" se encuentra en aquello que niega las estructuras objetificantes del significado: sean cuáles sean –*différance*, deseo, alteridad, locura, corporalidad– que resiste o está más allá de la razón y sus representaciones.

[6] Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas*: *Una arqueología de las ciencias humana*, traducción de Traducción de Elsa Cecilia Frost, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 1968 [1966].

[7] Habermas, Jürgen, "Apuntar al corazón del presente" en D. Couzens, *Foucault*, traducción de Sigrid Brauner y Robert Brown, con la colaboración de David Levin, Buenos Aires, Nueva Visión, 1988, p. 122.

[8] *Idem.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Fue en contra del trasfondo de este repudio radical a la razón en el pensamiento postestructuralista francés que Jürgen Habermas se instauró en los ochentas y noventas como el principal defensor contemporáneo de la Ilustración y lo que llama el "proyecto" de modernidad. En un sorpresivamente vehemente ataque, Habermas desestimó a los detractores de la Ilustración por decadentes, anarquistas, antihistóricos, irresponsables y conservadores, su pensamiento cegado por una "actitud" enteramente negativa que "de manera maniquea contrapone[n] a la razón instrumental un principio sólo accesible a través de la evocación".[9] Por dura que pueda ser, esta caracterización da cuenta de una sentida preocupación de Habermas por las posturas y consecuencias políticas con las que las perspectivas antiracionalistas, si bien involuntariamente, parecen compatibles. También señala lo que para Habermas es una distinción crucial entre dos tipos de gestos filosóficos —"crítica" y "negación"— sólo el primero de los cuales, en su opinión, es adecuado para el *proyecto* de modernidad. En este contexto, crítica significa algo más exacto que una evaluación de los méritos de una práctica o institución: su significado proviene más bien del método filosófico que Kant utilizó para investigar las capacidades humanas de conocimiento, acción volitiva y juicio en sus tres *Critiques*. "Crítica", en el sentido kantiano, no significa evaluar los méritos de algo o condenarlo en el acto, sino más bien *explorar sus condiciones de posibilidad y los límites de su uso legítimo*. Una crítica de la razón, entonces, es el sometimiento de la razón a un tipo de autoexamen que revela su propia jurisdicción: su área de competencia y sus fronteras. Por lo tanto, las críticas de Kant a la razón teórica y práctica abarcan un aspecto negativo y positivo: negativamente, señalan las fronteras tras las cuales la razón no debe desviarse si ha de evitar caer en el error o en la ilusión; positivamente, estas fronteras atrincheran a la razón dentro del campo de competencia definido por ellas. En su aspecto negativo, los límites revelados por el proyecto crítico de Kant constituyeron una refutación de la metafísica dogmática de la tradición racionalista, que sostiene que la razón podría generar verdades sobre una realidad trascendente: la razón, insiste Kant, no puede deducir las propiedades fundamentales del universo ni puede probar que Dios existe, que la voluntad es verdaderamente libre o que la belleza es inherente a los objetos. En su aspecto recuperativo, sin embargo, los límites de Kant describieron las condiciones en las cuales las proposiciones cognitivas, las determinaciones morales-prácticas y los juicios estéticos *podrían* ser posibles *a priori* y de este modo

[9] Habermas, Jürgen, "La modernidad, un proyecto incompleto", traducción de Jordi Fibla, en H. Foster (ed.) *La Posmodernidad*, Barcelona, Kairós, 1980, p. 34.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

también invalidaron la posición empirista de que *no* podía haber sustento para pretensiones de verdad, moralidad o belleza anteriores a la experiencia. Estas condiciones se albergan en las facultades universales del sujeto para conocer, querer y juzgar más que en la estructura objetiva del mundo, pero lo mismo son fundacionales en sus respectivos campos ya que son irreductibles entre sí.

Habermas reconoce que una consecuencia del avance de la razón moderna, como Kant lo teorizó, ha sido la implacable difusión de la conciencia instrumental-tecnocrática: una conciencia orientada hacia la acción intencionada en el entorno natural y social, y en la manipulación de este, a través del cálculo de medios eficientes para lograr fines determinados. Habermas también reconoce que la libertad celebrada por la Ilustración de Kant ha sido ensombrecida por nuevas formas de dominio. Esto es porque los mismos sistemas políticos y económicos (la economía capitalista y el estado centralizado) que han garantizado algunas libertades, también han supervisado la invasión de lo que Habermas llama "mundo de la vida" (la esfera de las normas, entendimiento e identidades compartidas) por estos sistemas, medios de dinero y poder burocrático-administrativo, con consecuencias que incluyen la alienación y la atomización (efectos especialmente asociados con el mercado) y la dependencia y la normalización (efectos especialmente asociados con el estado benefactor). Sin embargo, Habermas observa que la racionalización ocurre a dos frentes en la modernidad: tanto en el nivel sistémico, donde la racionalidad intencionada (instrumental y estratégica) se ha vuelto aún más sofisticada y efectiva, pero también a nivel del mundo de la vida, que es hogar de una racionalidad diferente, "comunicativa". Aquí, argumenta Habermas, la comprensión de la tradición y la jerarquía incuestionables se ha relajado progresivamente en la era moderna, con la consecuencia de que la integración social depende cada vez más del entendimiento mutuo no coercitivo y recíproco. Esta evolución en la racionalidad comunicativa es, argumenta Habermas, una faceta del avance de la razón moderna que no sólo ha de ser recuperada de las mandíbulas de su contraparte tecnocrática (que amenaza con devorarla), sino maximizada y expandida para poder seguir dando cuenta de su potencial emancipatorio. Y esto a su vez requiere una forma de crítica kantiana: el objetivo de Habermas no es negar la racionalidad de la Ilustración, sino revisar el método crítico de Kant para definir los límites y posibilidades de la razón y elaborar una postura desde la cual confrontar las implicaciones patológicas, sociales y políticas de su desarrollo desequilibrado –el progreso unilateral de la razón intencionada a expensas de las estructuras comunicativas del

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

mundo de la vida. En oposición a los rechazos totalizantes de la racionalidad a secas, Habermas ofrece una crítica "menos dramática" que considera los cálculos estratégicos de un esencialmente monádico sujeto individual "como abreviación y distorsión sistemáticas de un potencial operante ya siempre en la práctica comunicativa cotidiana pero del que sólo se hace un uso selectivo".[10] Para Habermas, reconocer y potenciar la racionalidad incrustada en la práctica comunicativa moderna sería "completar" el proyecto (crítico) de modernidad inaugurado por Kant.

1. *Racionalidad comunicativa y racionalidad estratégica*

Habermas hace una distinción puntual entre acción comunicativa y acción estratégica. Cada una, argumenta, es una respuesta al problema de cómo coordinar las acciones de una pluralidad de personas para que se puedan lograr metas, pero la acción estratégica está enteramente orientada al éxito y por lo tanto es unidimensional:

> La actitud orientada al éxito aísla al autor de los otros actores presentes en su entorno; porque las acciones del *alter*, al igual que otros objetos y restricciones situacionales, no son sino medios y limitaciones para la realización de su propio plan de acción; en este caso, los objetos sociales no se diferencian de los objetos físicos.[11]

En cambio, los participantes de una acción comunicativa reconocen que el medio para el éxito no está a disposición del ego, sino que depende de la cooperación del *alter*:

> Los participantes en la acción comunicativa tratan de evitar dos riesgos: el riesgo de que el entendimiento fracase, es decir, el riesgo de disentimiento o de malentendido, y el riesgo de que el plan de acción se malogre, es decir, la falta de éxito. La evitación del primer riesgo es condición necesaria para hacer frente al segundo.[12]

Habermas argumenta además que la acción comunicativa es el mecanismo *primario* de coordinación social y que la acción estratégica es secundaria y parasitaria de esta, lo que quiere decir que la comunicación es el medio indispensable mediante el cual se reproducen las culturas y a través del cual

[10] Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1989 [1985], p. 369

[11] Habermas, Jürgen, "Remarks on the Concept of Communicative Action", in Gottfried Seebass and Raimo Tuomela (eds.) *Social Action* (Kluwer), 1985, p. 154.

[12] Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, II: Crítica de la razón funcionalista*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1987 [1981], p. 180.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

se efectúan la integración social y la socialización,[13] y que "los órdenes sociales coordinados enteramente por la acción estratégica no podrían ser estables".[14] Sin embargo, para el presente análisis, la pretensión más importante de Habermas es que además de esclarecer las bases de un orden social estable la acción comunicativa contiene un "potencial para la razón." El argumento central aquí es que cuando los agentes usan la comunicación (lenguaje o expresiones no verbales equivalentes) para coordinar sus acciones, *necesariamente* (ya sea intencionalmente o no, y conscientemente o no) hacen ciertos acuerdos para justificar sus elocuciones con base en razones que serían aceptables para sus interlocutores. Para Habermas, entonces, la racionalidad comunicativa está ligada a la preparación para convencer a otros mediante el argumento de que los fundamentos de las pretensiones de alguien son aceptables debido a su capacidad para tolerar la crítica y sostiene que esta es una forma de razón distintivamente *moderna*. Como Maeve Cooke ha explicado, es moderna porque se basa en la premisa de la negación de que cualquier "pretensión de validez" está exenta de escrutinio crítico, y por tanto implica "una relación con el mundo caracterizada por la conciencia de que los juicios propios… necesitan la validación de otros si han de tener fundamentos."[15] Por lo que: "[e]l concepto de acción comunicativa, sólo tiene un *potencial* crítico;… la idea de la racionalidad comunicativa expresa su potencial".[16]

El concepto de Habermas de razón comunicativa proviene de su explicación de esfera pública, ideada en principio en uno de sus primeros escritos titulado (en su traducción al inglés) *Structural Transformation of the Public Sphere* [*"La transformación estructural de la esfera pública*"].[17] Aquí, Habermas presenta a la esfera pública como una categoría históricamente específica de pensamiento y práctica de la burguesía. Como tal, se trataba por un lado de un conjunto de prácticas e instituciones que tomaron forma en la naciente Europa moderna en torno a procesos de discusión concernientes, primero, a temas literarios y, posteriormente, a temas políticos; inicialmente ocurría cara a cara (por ejemplo, en las cafeterías londinenses de princi-

[13] Véase, Cooke, Maeve, *Language and Reason: A Study of Habermas's Pragmatics*, Cambridge, MIT, 1994. pp. 22-27.

[14] Habermas, "Remarks on the Concept of Communicative Action", *op. cit.*, p. 156.

[15] Cooke, *Language and Reason: A Study of Habermas's Pragmatics, op. cit.*

[16] *Idem*, p. 14.

[17] Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*, Cambridge, MA, MIT Press, 1989. Hay traducción al español, por Anthony Domenech, *Historia y Crítica de la opinión pública: La transformación estructural de la vida pública*, Editorial Gustavo Gili, 1981.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

pios del siglo XVIII) y posteriormente a través de periódicos y libros. Por otra parte, la esfera pública era un *ideal* presupuesto por estas prácticas e instituciones: el de una asociación universalmente accesible y voluntaria de individuos, que se reunían para conformar un público de iguales para participar en un debate racional-crítico sin restricciones sobre temas de interés público, y que generaba opiniones sobre estos temas que eran genuinamente "públicas" *porque* emanaron de un proceso de deliberación racional accesible. En la realidad, por supuesto, la participación real en las cafeterías, galerías y periódicos literarios de la Europa del siglo XVIII siempre estuvo restringida a un pequeño grupo de hombres solventes y educados y la concepción de "opinión pública" a la que llegaban reflejaba inevitablemente sus limitados intereses. Por consiguiente, el ideal de esfera pública continuó siendo meramente utópico, una visión incluyente e igualitaria de un público que deliberaba racionalmente que nunca se concretó totalmente, ni en los primeros días de su surgimiento.

El planteamiento de Habermas en *Structural Transformation of the Public Sphere* adoptó la forma de una crítica que buscaba exponer las contradicciones entre el ideal y la realidad de la esfera pública burguesa del siglo XVIII. Si bien su estocada crítica consistió en demostrar que el ideal de la esfera pública burguesa era más que una mera ilusión, porque *en principio* era abierta e igualitaria y sus deliberaciones eran *en principio* racionales. Por lo tanto el ideal de un uso público de la razón entre iguales podía servir como una suerte de ideal regulativo para procesos reales de debate público. Esta convicción —primero defendida por Kant en diversos ensayos publicados en los ochentas y noventas del siglo XVIII, incluyendo el más sobresaliente "Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?"—[18] nunca ha desaparecido del trabajo de Habermas, aunque su agenda de investigación cambió a partir de 1962, cuando se publicó por primera vez en Alemania *Structural Transformation*. Específicamente, su atención se alejó de los orígenes históricos y subsecuente trayectoria de la esfera pública y su marco teórico ha mostrado su orientación marxista temprana. En esencia y muy brevemente, el interés de Habermas en el ideal de la esfera pública se ha transformado en sus últimos trabajos (La *Teoría de la acción comunicativa*[19] y poste-

[18] Kant, Immanuel, *Filosofía de la Historia. ¿Qué es la Ilustración?*, traducción de Emilio Estiú y Lorenzo Novacassa, Buenos Aires, Caronte, 2004 [1784]. Véase, O'Neill, Onora, "The Public Use of Reason", *Political Theory*, vol. 14, núm. 4, 1986, pp. 523-551.

[19] Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1987 [1981] y, *Teoría de la acción comunicativa, II: Crítica de la razón funcionalista*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1987 [1981].

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

riores) en un interés más profundo en las "presuposiciones idealizantes" que están, argumenta, necesariamente implícitas en *todas* las prácticas de comunicación intersubjetiva. Por ende, su atención ha ido de los ideales provistos por prácticas e instituciones que surgen en una formación histórica particular a ideales universales cuasi-trascendentales presupuestos por la comunicación humana como tal.[20] Así que lo que Habermas ahora considera potencial para la racionalidad comunicativa que es inherente a toda práctica comunicativa describe nuevamente el ideal de la esfera pública en términos distintos. En la modernidad, el mundo de la vida es el lugar principal para la materialización de este potencial, aunque por supuesto abarca ámbitos privados (como el de la familia) y públicos (como los espacios educativos y los medios).

2. *La teoría social de Habermas: El mundo de la vida y el sistema*

Sin embargo, en el corazón de la teoría social de Habermas está la idea de que la comunicación orientada al entendimiento mutuo no es el único mecanismo mediante el cual las sociedades modernas se reproducen. Por consiguiente, una explicación adecuada de la sociedad moderna requiere un "concepto de sociedad articulado en dos niveles"[21] que abarca el mundo de la vida y el "sistema", con el sistema en turno que tiene dos componentes *funcionalmente* integrados –la economía de mercado y el estado burocrático centralizado.

Comúnmente, el mundo de la vida como Habermas lo entiende es la red de significados intersubjetivamente producidos en los que necesariamente se sitúa la experiencia cotidiana. En el proceso de intercambiar razones que serán recíprocamente convincentes, los individuos no pueden sino recurrir a un acervo compartido de entendimientos, valores e identidades que constituyen su mundo de la vida (un acervo que se nutre con cada nuevo consenso). Más específicamente, ellos necesariamente asumen una "cultura" compartida (el depósito del conocimiento, los entendimientos y esquemas interpretativos comunes), una "sociedad" compartida (los valores, las convenciones y las instituciones mediante las cuales se orienta la acción individual en el mundo social), y un repertorio común de competen-

[20] El texto central que señala este cambio de dirección es Habermas, Jürgen, "What is Universal Pragmatics?", traducción de T. McCarthy, en *Communication and the Evolution of Society*, New York, Beacon Press, 1979, capítulo 1.

[21] Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad, op. cit.*, p. 10.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cias e identidades de acción subjetiva a través del cual los individuos se forman como personas. La cultura, la sociedad y la personalidad se sostienen por procesos de transmisión cultural, integración social y socialización. Estos procesos a su vez ocurren en una variedad de escenarios e instituciones: espacios culturales y educativos, asociaciones voluntarias, la familia, redes de amistad y así sucesivamente. Sin embargo, para Habermas, lo que los vincula es que cada proceso que sostiene el mundo de la vida sucede a través del medio de comunicación intersubjetiva. Por consiguiente, el potencial racional que habita en la acción comunicativa ha servido como base para la racionalización progresiva del mundo de la vida. Este proceso ha resultado en la liberación de sujetos de los roles y valores tradicionales y en su mayor confianza en la argumentación para producir el consenso necesario para coordinar acciones y crear orden social: los significados, normas y estados heredados que en la modernidad se observan cada vez más abiertos al cambio. En esta medida, se puede decir que el mundo de la vida moderno ejemplifica una manera de actuar cooperativamente con otros con base en un auténtico consenso– auténtico porque rehúye la compulsión, la manipulación y la fuerza de la tradición incuestionable y porque surge más bien de la discusión racional entre participantes libres e iguales.

Lo que separa al sistema del mundo de la vida es que la acción que ocurre en el contexto del sistema se coordina mediante "medios de control" distintos del medio de comunicación: el poder administrativo (en el caso del estado centralizado moderno) y el dinero (en el caso de la economía de mercado). El poder y el dinero son los medios mediante los cuales los agentes pueden lograr sus fines exitosamente –o, más exactamente, los fines que les son otorgados por su participación en los subsistemas político y económico– sin tener que recurrir a buenos argumentos ni a razones intersubjetivamente válidas. En otras palabras, estos medios de control liberan a los agentes de la carga de justificación implícitamente llevada a cabo por la comunicación encaminada hacia el consenso. Por consiguiente, los subsistemas político y económico son arenas para la acción estratégica basada en los cálculos utilitarios que hacen los agentes para lograr lo que consideran ser de su conveniencia. No obstante, lo que los agentes no pueden percibir ni tampoco entender son las estructuras sistémicas más grandes que ambos programan y que a su vez son reproducidas por sus propias acciones estratégicas en estas arenas. Mientras que

> [e]n el mundo de la vida, la coordinación… depende de las orientaciones de acción de los individuos en la sociedad… [l]a coordinación del sistema… opera por medio de la

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> integración funcional de las consecuencias de la acción y evita las orientaciones de acción de agentes individuales.[22]

Más importante, aunque Habermas considera que el mundo de la vida tiene prioridad sobre el sistema en el sentido de que las operaciones de este último están integradas al mundo de la vida y dependen de éste (la gobernanza y la producción material no podrían lograrse sin los conocimientos, valores e identidades generadas por un mundo social heredado), no considera a la división entre mundo de la vida y sistema problemática en sí misma. Aunque insiste en que tanto el estado centralizado como la economía capitalista emergieron del mundo de la vida como resultado procesos de diferenciación funcional y en cierto sentido se derivan del mundo de la vida, Habermas ve esta separación como un logro histórico importante. La administración política y la producción económica son mejor coordinadas por los medios de control, porque en sociedades complejas caracterizadas por altos niveles de incertidumbre, la comunicación orientada al consenso sobre estos temas no podría alcanzar un nivel equivalente de sincronización. De hecho, la eliminación de estas funciones de los subsistemas ha permitido positivamente el desarrollo de la racionalidad comunicativa en el mundo de la vida, al liberar a este último de la carga de dichas funciones y con ello liberar tiempo para la deliberación de preguntas relacionadas con la transmisión cultural, la integración social y la socialización. No obstante, Habermas también observa que la integración del sistema está acompañada de peligros. Los sistemas conducen a los agentes a fines que no son el centro de la reflexión crítica, mucho menos del consenso; parece que "funcionan por sí mismos" y de maneras que escapan el control humano. Además, los sistemas tienen la capacidad de allanar, o "colonizar", el mundo de la vida, con el resultado de que "ámbitos de acción comunicativamente estructurados quedan sometidos a los imperativos de sistemas de

[22] Cooke, *Language and Reason: A Study of Habermas's Pragmatics*, *op. cit*, p. 5. Habermas dice: "La integración de un sistema de acción es producida en el primer caso por medio de un consenso asegurado normativamente o alcanzado comunicativamente, y, en el segundo, mediante una regulación no-normativa de decisiones particulares que se sitúa allende la conciencia de los actores. La distinción entre una integración social, que se apoya en las propias orientaciones de acción, y una integración sistémica de la sociedad, es decir, una integración que se cumple asiendo a través de, o atravesando, esas orientaciones de acción nos obliga a introducir la correspondiente diferenciación en el concepto mismo de sociedad." (Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, II: Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.*, p. 167)

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

acción organizados formalmente que se han vuelto autónomos".[23] Los patológicos efectos colaterales de estas invasiones incluyen por un lado la cosificación, la atomización y la normalización; y por otro lado la formalización, la profesionalización y la despolitización, pero al nivel más general, la amenaza que plantean los sistemas dirigidos funcionalmente es que socavan la agencia humana. En *Teoría de la acción comunicativa*, Habermas describe los nuevos movimientos sociales como máquinas de resistencia a la colonización de mundo de la vida por el sistema y laboratorios más eficientes para el desarrollo de nuevas instituciones que podrían contener a esta amenaza.

3. *El derecho como medio y como institución*

En una breve sección del segundo tomo de *Teoría de la acción comunicativa*, Habermas analizó la función del derecho en la constitución de la división entre sistema y mundo de la vida. La integración sistemática de la acción, observó, presupone la organización formal de ese ámbito de acción, que a su vez sólo puede alcanzarse a través del derecho. Por lo tanto, la diferenciación inicial entre economía y estado como subsistemas distintos del mundo de la vida dependió de la elaboración al inicio de la modernidad de, respectivamente, regímenes del derecho público y el derecho privado:

> Por un lado, el comercio y trato entre los poseedores individuales de mercancías es normado en el sentido de un orden de derecho privado cortado a la medida de personas jurídicas que se comportan estratégicamente y que entablan entre sí relaciones contractuales… Por otro lado, el derecho público sanciona como fuente única de dominación legal un poder estatal soberano que se reserva el monopolio de la violencia.[24]

En esta etapa, el mundo de la vida aparece, desde la perspectiva del sistema, como una mera vida informe, "el depósito ya no susceptible de ulterior determinación, del que los subsistemas Economía y Estado extraen aquello que necesitan para su reproducción: trabajo y disponibilidad a la obediencia."[25] Además, los efectos de estas institucionalizaciones jurídicas del dinero y el poder son ambivalentes en el mundo de la vida: a las nuevas libertades para celebrar contratos y adquirir y vender bienes (libertades que

[23] Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social*, *op. cit.*, p. 10.

[24] Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, II: Crítica de la razón funcionalista*, *op. cit.*, pp. 505-506

[25] *Idem*, p. 506.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

posteriormente fomentarían el surgimiento de un mundo de la vida moderno cimentado en ideas de libertad y privacidad individual) se unieron nuevas formas de dominio organizado principalmente en torno a una división emergente de clases entre la burguesía y el proletariado. Las subsecuentes "hornadas de juridización" representadas por dichas iniciativas en forma de garantías individuales y la extensión de la franquicia "[son elementos mediante los que] el moderno mundo de la vida… es objeto de reconocimiento y protección"[26] en forma de garantías constitucionales contra el estado moralmente justificadas –primero a la vida, a la libertad y a la propiedad; posteriormente, a la participación en el proceso mismo de creación de las leyes. Y más tarde aún, el surgimiento de los derechos sociales "pone freno al subsistema económico de forma similar a como las dos anteriores hornadas de juridización se lo pusieron al administrativo".[27] Aunque en cuanto a que esas dos "hornadas" anteriores tuvieron una inequívoca naturaleza garantizadora de libertades, el estado social, argumentó Habermas, es ambivalente en sus efectos sobre el mundo de la vida. En aquellas áreas ya constituidas por el derecho —como el lugar de trabajo— los derechos sociales califican el anteriormente ilimitado poder del capital privado de maneras que mitigan el dominio de clase. En cambio, en campos informalmente organizados como la familia y la escuela, los derechos sociales —por su propia forma jurídica y modo burocrático de implementación— reestructuran los mundos de la vida de los sujetos de derecho de maneras patológicas. Por lo tanto, a diferencia de los efectos negativos de la primera hornada de juridización (que produjo formas de dominio social como efectos colaterales), estas consecuencias patológicas "son resultado de la estructura misma de la juridización".[28]

En este punto de su argumento, Habermas introdujo una distinción entre derecho como "medio" (de la "colonización" del mundo de la vida) y derecho como "institución" (un mecanismo para la defensa y fortalecimiento del mundo de la vida). Como lo primero, argumentó, el derecho constituye los subsistemas de administración y economía y (en combinación con los medios poder y dinero) dirige su desarrollo; como una "institución", el derecho refleja y da fuerza vinculante a las normas desarrolladas de manera informal en el mundo de la vida. Las instituciones jurídicas (como los principios de derecho constitucional y derecho penal), continuó, son susceptibles de, y requieren, justificación *sustantiva* porque están enraizadas en

[26] *Idem*, p. 509.
[27] *Idem*, p. 510.
[28] *Idem*, p. 511.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

las normas que constituyen el componente social del mundo de la vida: "guardan una relación de continuidad con las normas éticas, vienen a sancionar jurídicamente ámbitos de acción comunicativamente estructurados"[29] y de este modo le dan a las normas generadas comunicativamente una forma vinculante respaldada por la sanción estatal. El derecho como medio, por otra parte, es: un "instrumento de organización para los subsistemas regidos por los medios, autonomizados ya frente a los contextos normativos de la acción orientada al entendimiento"[30] –podría ser legitimado por simple referencia a su génesis de corrección *procedimental* en una legislación, una sentencia judicial o una decisión administrativa: el derecho en este carácter "queda descargado de la problemática de fundamentación [sustantiva]".[31] Habermas citó el derecho comercial y administrativo como ejemplos de regímenes jurídicos que en combinación con los medios dinero y poder se convierten en medios de control, que convierten a la economía y al estado en ámbitos de acción formalmente organizados.

La pretensión general de Habermas fue, entonces, que la evolución jurídica ha continuado por dos vías en la modernidad. Por una parte, cada hornada de juridización ha traído consigo nuevas *instituciones* jurídicas que han sido vinculadas con la racionalización del mundo de la vida; por la otra, las dinámicas internas de una economía y un estado cada vez más complejos se han puesto al descubierto dentro del *medio* jurídico como relaciones jurídicas dentro de estos ámbitos y se han vuelto incluso más "densas." Habermas describió la cuarta hornada de juridización como normativamente ambivalente, argumentando que ha contribuido por igual al aumento de la racionalización del mundo de la vida al garantizar su libertad y la ha obstaculizado al privarla de libertad. Su argumento es que en tanto que la institución jurídica –aquí, el principio de inclusión e igualdad social– se efectúa a través de la regulación jurídica de un ámbito del mundo de la vida *informalmente* organizado, el modo de integración de esta esfera se convierte de uno basado en la comunicación a uno basado en el medio jurídico, esto es, a un modo de integración que le conviene al sistema.[32] En

[29] *Ibidem,* p. 517.

[30] *Ibidem,* p. 516.

[31] *Idem.*

[32] Habermas hizo énfasis en que si la esfera hacia la que apunta el derecho social ya tiene, para empezar, una forma jurídica, la creciente densidad de las normas jurídicas puede llevar a la redistribución de dinero y poder sin alterar las bases de las relaciones sociales. Por otra parte, si la intervención jurídica procede mediante el uso de instituciones jurídicas para suplementar un contexto comunicativo de acción, puede complementar el modo de integración social existente. Para asegurar lo anterior, Habermas sugirió que la juridización de las áreas de acción estructuradas comunicativamente no debían sobrepasar el cumplimiento de

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

este proceso de juridización, argumenta Habermas: "[e]s el propio medio 'derecho' el que violenta las estructuras comunicativas del ámbito de acción juridizado".[33]

Queda claro entonces que en *Teoría de la acción comunicativa* el derecho moderno se describe, en el mejor de los casos, como el que tiene una relación ambivalente con la emancipación social. Sin embargo, en *Facticidad y validez*, su obra más importante sobre teoría jurídica y política (que se publicó en alemán en 1992 y en español en 1998),[34] Habermas ofrece una visión más optimista de las capacidades y el potencial del derecho. En un momento en el que las creencias compartidas, supuestos culturales, valores sustantivos e identidades colectivas ya no pueden —en condiciones modernas de secularismo, pluralismo y fragmentación social— proveer un telón de fondo completo para las interacciones sociales, las instituciones jurídicas discursivamente racionales, argumenta, han emergido como la única fuente disponible de integración normativa. Y dado que el derecho habla el lenguaje del sistema, puede servir como puente entre el mundo de la vida y el sistema, y como vehículo para la defensa y revigorización del primero. En específico, el derecho puede fungir como el "transformador" que convierte el "poder comunicativo" generado por los procesos discursivos en el mundo de la vida en el "poder administrativo" del estado. Por consiguiente, el Habermas de *Facticidad y validez* rechaza la distinción institución/medio,[35] y desestima por "apresuradas"[36] las conclusiones a las que había llegado previamente sobre el impacto colonizador del medio jurídico sobre las estructuras comunicativas de esferas sociales organizadas de manera informal. También abandona el argumento de que la legitimidad jurídica depende *ya sea* de la fundamentación sustantiva por referencia a normas y valores generados comunicativamente *o* de la fundamentación procedimental por referencia a la génesis formal del derecho. En lugar de ello, Habermas se dispone a sustituir ambas alternativas, y como parte de ese proceso, a de-

principios constitucionales ni el estado de derecho: en el contexto del derecho familiar, por ejemplo: "el uso del derecho como medio debe sustituirse por procedimientos de regulación de los conflictos, que se ajusten a las estructuras de la acción orientada al entendimiento –por procesos de formación discursivos de la voluntad […] y por procedimientos de negociación y decisión orientados hacia el consenso". *Ibidem*, p. 524.

[33] *Ibidem*, p. 524.

[34] Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1998 [1992].

[35] *Ibidem*, p. 500, nota 47.

[36] *Ibidem*, p. 500.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

mostrar que el "derecho en su función de medio [de control]" es *en sí mismo* susceptible de fundamentación en términos comunicativamente racionales. Por otra parte, *Facticidad y validez* deja claro que las iniciativas jurídicas legítimas no se limitan a aquellas que "institucionalizan" normas *morales* reconocidas intersubjetivamente. Siempre dando por hecho que se observan los principios morales básicos,[37] el derecho legítimo puede también emerger del discurso racional comunicativo sobre preguntas *ético-políticas* y *pragmáticas* (relacionadas, respectivamente, con las metas que mejor den cuenta de la identidad y valores de una comunidad política determinada y los medios más eficientes para lograr fines específicos de esa comunidad) así como de *fair compromises* entre intereses conflictivos.[38] Por otra parte, la mera positividad del derecho —el hecho de que ha sido propuesto por una fuente autorizada— es suficiente para garantizar su validez normativa. En todos los casos, la legitimidad del derecho depende de un procedimiento de legislación que inscribe la razón comunicativa en sí misma.

4. *Pensamiento "posmetafísico" y reconstrucción racional*

Antes de poder explorar más detenidamente la teoría de derecho madura de Habermas, se hace necesaria una breve explicación de su método filosófico en el desarrollo de la teoría. Como ya se habrá visto claramente, Habermas rehúye cualquier forma de investigación filosófica que se ocupe de abstracciones atemporales y universales y niega que las percepciones generadas por formas metafísicas de especulación apelen en especial a un estado trascendente, y por ende fundamental, en relación con la experiencia humana ordinaria.[39] Sin embargo, conserva la preocupación del filósofo en las condiciones en las que las pretensiones podrían trascender el contexto en el que se hicieron y rechaza las posturas anti-metafísicas que niegan la posibilidad de analizar regularidades observables del mundo empírico desde una distancia crítica.[40] Para Habermas, la filosofía debe bajarse de su elevado pedestal para interactuar en términos iguales con las ciencias empíricas a las que hasta ahora ha pretendido juzgar.[41] En particular, debe par-

[37] *Ibidem,* p. 171.

[38] *Ibidem,* pp. 225-236.

[39] Habermas, Jürgen, *Postmetaphysical Thinking: Philosophical Essays*, traducción de William Mark Hohengarten, Cambridge, MA, MIT Press, 1992 [1988].

[40] Pensky, M., "Habermas's Intellectual Contexts," en B. Fultner (ed.) *Jürgen Habermas: Key Concepts*. Acumen, 2001.

[41] Habermas, Jürgen, *Conciencia Moral y acción comunicativa,* Barcelona, Ediciones Península, 1985 [1983], pp. 9-31.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ticipar en un diálogo con aquellas ciencias sociales que identifican competencias humanas básicas, tales como la competencia comunicativa, con miras a unificar y sistematizar sus percepciones y hacerlas inteligibles al público en general.[42] Al mismo tiempo, la filosofía debe adoptar como su tarea la rehabilitación de una forma de razón que es autoritaria en tanto universal y transhistórica (incluso si depende de condiciones históricas para su materialización). Esto a su vez significa que la función de la filosofía actualmente es interpretar las percepciones reveladas por las ciencias sociales empíricas para dar a conocer el potencial para la razón *en* las formas de interacción humana que las últimas analizan.

> [L]a metodología "postmetafísica" de Habermas tiene como objetivo integrar recursos empíricos a la filosofía sin perder de vista lo que es único de la filosofía: a saber, su capacidad de apartarse de los datos empíricos a fin de reconstruir de manera sistemática verdades universales subyacentes sobre nosotros, nuestras sociedades y nuestro lugar en el mundo.[43]

En este tenor, Habermas afirma haber reconstruido una detallada explicación de la racionalidad a partir de los supuestos engastados en todos los actos comunicativos de la vida diaria. Habermas aduce que cada vez que los agentes participan en la comunicación, sus elocuciones están acompañadas necesariamente de "pretensiones de validez": pretensiones de que sus alocuciones están sustentadas por razones que sus interlocutores podrían aceptar, incluso si no se piden razones para ello. Habermas define como "discurso" el proceso mediante el cual se piden, proveen y contestan los fundamentos de las elocuciones. El discurso en este sentido es, entonces, la tentativa de lograr un consenso motivado por la racionalidad cuando las pretensiones de validez están en entredicho. Un consenso racionalmente motivado es el consenso que los participantes alcanzarían, en condiciones ideales, si sus argumentos se basan en lo que Habermas denomina las "reglas" del discurso.

> Las reglas del discurso… no son *constitutivas* para dicho discurso en el mismo sentido en que lo son las reglas de ajedrez para este juego. En tanto que las reglas de ajedrez *determinan* una praxis de juego verdadera, las reglas del discurso son únicamente una

[42] *Ibidem*, pp. 26-27

[43] Yates, M., "Postmetaphysical Thinking" en B. Fultner (ed.) *Jürgen Habermas: Key Concepts*. Acumen, 2001, p. 35.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> *forma* de la representación de *presupuestos* pragmáticos de una praxis de discurso concreta que se aceptan tácitamente y se conocen de modo intuitivo.[44]

Habermas identifica tres niveles en estas reglas.[45] En el primer nivel se encuentran las reglas lógico-semánticas, que requieren que los hablantes se comuniquen de manera mutuamente inteligible. En el segundo nivel están las reglas orientadas a garantizar un consenso auténtico; por ejemplo, las reglas de que cada hablante sólo puede afirmar aquello en lo que verdaderamente cree, que la motivación de todos los participantes sólo debe ser la de que haya mejores argumentos, que cada participante debe asumir la responsabilidad de sus dichos y que ningún argumento pertinente deberá ser suprimido o excluido por los participantes. Sobre todo, que los participantes en el discurso deben presuponer inevitablemente que el acuerdo es posible en principio en relación con la validez de los temas a discusión; de lo contrario, no tendría ningún caso iniciarla. En el tercer nivel se encuentran las reglas orientadas a garantizar que ningún participante potencial de un discurso sea excluido, que todos los participantes dispongan de igualdad de oportunidades para contribuir al discurso y que el proceso del discurso sea inmune a la coerción y la represión.

Para Habermas, estas "reglas" del discurso son universales y necesarias en el sentido de que los que participan en un debate deben inevitablemente hacer estas presuposiciones si quieren explicarse sin contradecirse, *mientras* participan en la discusión. Conforme a estas reglas, la argumentación *deberá en principio* no excluir a nadie, no incluir afirmaciones inmunes a la crítica y prohibir el uso de todo tipo de coerción, que no sea la fuerza del mejor argumento. Por supuesto, las situaciones reales de diálogo están sujetas a limitantes de tiempo y espacio, son susceptibles de distorsión por asimetrías de poder y dependen de las capacidades finitas de razonamiento y uso de lenguaje de los participantes. No obstante, dichos participantes "deben, aunque sea sólo de manera implícita, asumir que tienen como objetivo lograr el tipo de entendimiento que se alcanzaría en condiciones ideales".[46] En este sentido es que los participantes en la acción comunicativa están sujetos a condiciones "cuasi-trascendentales" de la posibilidad de entendimiento. Los presupuestos trascienden, incluso aunque estén implícitos en, lo que en verdad ocurre en la praxis; permiten que los procesos reales de argumentación sean susceptibles de crítica con base en la tensión entre lo

[44] Habermas, *Conciencia Moral y acción comunicativa, op. cit,* p. 115.

[45] *Idem,* pp. 110-112

[46] Finlayson, Gordon, "Habermas's Discourse Ethics and Hegel's Critique of Kant's Moral Theory" en P. Dews (ed.) *Habermas: A Critical Reader*, Oxford, Blackwell, 1999, p. 32.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que los participantes asumen necesariamente —la situación de habla ideal, para citar la primera descripción de Habermas que posteriormente rechazara— y lo que acontece en un debate determinado.

En esta medida, el método de reconstrucción racional desarrollado por Habermas guarda cierta similitud con el método crítico de Kant.[47] Ambos buscan construir las bases para evaluar prácticas al reflexionar en los presupuestos engastados en dichas prácticas. Además, en la insistencia de Habermas de que cada acto del habla supone tres distintas pretensiones de validez –una pretensión de verdad, una pretensión de rectitud y una pretensión de veracidad o autenticidad– se encuentra una distinción categórica entre las elocuciones cognitivas, normativas y expresivas que hace eco de la división entre conocimiento, moralidad y sentimientos subyacente en el proyecto crítico de Kant. Dicho esto, la relación entre la teoría de racionalidad comunicativa de Habermas y la concepción de la razón y sus límites de Kant está marcada por divergencias así como similitudes. El punto de divergencia más fundamental entre Habermas y Kant consiste en que Habermas sustituye la razón estrictamente centrada en el sujeto con una concepción de racionalidad intersubjetiva: la versión de Habermas del análisis "presuposicional" se concentra en la práctica comunicativa moderna y no en las operaciones de las facultades mentales del sujeto universal. Segundo, la concepción postmetafísica de razón habermasiana no está unida al entendimiento metafísico kantiano del "Yo pienso" —una "unidad de apercepción trascendental" — que resulta de nuestras experiencias del mundo objetivo, o de un ser "noumenal" que permite la acción moral.[48] Tercero, de ahí resulta que las condiciones de posibilidad descubiertas por Habermas dependen de la experiencia de forma que los criterios *a priori* de Kant no lo hacen: estos son inherentemente falibles, son vulnerables a la refutación a cargo de nuevas percepciones empíricas sobre las bases del entendimiento mutuo en la práctica cotidiana. Cuarto, la naturaleza distin-

[47] Power, Michael, "Habermas and the Counterfactual Imagination", *Cardozo Law Review*, vol. 17, núm. 4-5, 1995-6.

[48] Los participantes en los discursos "no son los personajes inteligibles de Kant sino verdaderos seres humanos…" ("participants are not Kant's intelligible characters but real human beings") Véase, Jürgen Habermas, *Moral consciousness and communicative action: from discourse ethics to spiritual transformation*, Cambridge, MA, MIT, 1990, p. 92. (*N. de. T.* La traducción al español es diferente: Habermas, *Conciencia Moral y acción comunicativa*, *op. cit.*, p. 116. "los participantes en la argumentación no son caracteres inteligibles y están movidos por otros motivos que el permisible de la búsqueda cooperativa de la verdad". Nótese que las referencias kantianas y el énfasis a los "verdaderos seres humanos" desaparece en esta versión).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tiva de las pretensiones de validez hacia la verdad, la corrección normativa y la sinceridad atestan, al menos en lo que a Habermas respecta, no la necesariamente complementaria forma de las facultades mentales del sujeto, sino la separación, en la modernidad, de los tres "mundos" discursivos en lo que concierne respectivamente a los hechos, las normas y el ámbito de la experiencia interior. Estos se han podido diferenciar en respuesta a los problemas específicos y tipos de pretensiones de validez que surgen en las distintas "esferas de valor" de la sociedad moderna: la ciencia y la tecnología; el derecho, la vida ética y la moralidad; y el arte.

5. *Teoría jurídica madura de Habermas: Facticidad y validez*

Las reflexiones de Habermas sobre el segundo de estos mundos –el mundo del discurso "práctico"- son las que principalmente dieron lugar a la teoría del derecho que se expone en *Facticidad y validez*, así como la teoría moral que se desarrolla en *Conciencia moral y acción comunicativa*[49] y *Aclaraciones a la ética del discurso*.[50] El discurso práctico es el intento de lograr un consenso racionalmente motivado sobre pretensiones de validez de rectitud normativa en disputa. Una manera adecuada de iniciar con la explicación de las reflexiones de Habermas sobre el discurso práctico es lo que llama "principio de discurso" pero tal vez se entienda mejor como el principio de discurso *práctico*: "Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales".[51] Este principio contiene la idea básica de la filosofía práctica de Habermas.[52] Esta premisa es la idea normativa (pero no moral en sí misma) ligada a los presupuestos idealizantes de la acción comunicativa anteriormente señalados: la idea de una orientación hacia el consenso. Dicho de manera sencilla, el principio de discurso (práctico) captura la intuición de que las normas válidas deben atraer un consenso racionalmente motivado: deberán estar sustentadas por razones que todas las partes afectadas encontrarían convincentes en un discurso dirigido de conformidad con "reglas" discursivas. Sin embargo, el principio de discurso no establece qué *tipos* de razones contarían como buenas razones y estas variarán dependiendo de la naturaleza de la norma en cuestión y particularmente dependiendo de si es una norma moral o

[49] Habermas, *Conciencia Moral Conciencia Moral y acción comunicativa, op. cit.*
[50] Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso,* Madrid, Editorial Trotta, 2000.
[51] Habermas, *Facticidad y Validez, op. cit.*, p. 152.
[52] Habermas, *Conciencia Moral y acción comunicativa, op. cit.*, pp. 85-6, 116.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

jurídica. Por consiguiente, la determinación real de la validez de las normas requiere que se les ponga a prueba en relación con otro principio para el cual el principio de discurso sirve a su vez como premisa.

Habermas especifica otros dos principios. El primero de los cuales (que llama el "principio moral", y que puede comprarse y contrastarse con el imperativo categórico de Kant)[53] establece que

> [toda] norma cada norma válida habrá de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que se siguen de su acatamiento general para la satisfacción de los intereses de cada persona (presumiblemente) puedan resultar aceptados por todos los afectados (así como preferidos a los efectos de las posibilidades sustitutivas de regulación).[54]

Esta redacción refleja la incondicionalidad y la universalidad de las normas morales –que vinculan a todas las personas, no sólo a los miembros de grupos culturales específicos y constriñen la búsqueda del bien a individuos y grupos –pero, a diferencia del principio de universalización de Kant, el principio (U) de Habermas "construye una intuición consecuencialista en su teoría moral deontológica".[55] El segundo principio (que llama el "princi-

[53] Es similar al imperativo categórico en que establece un procedimiento que se debe seguir para poner a prueba normas potenciales en lugar de ordenar un código moral sustantivo; es distinto en que el procedimiento que ordena no se debe seguir en un proceso de deliberación moral privado sino en un proceso dialéctico que involucre a todo aquellos cuyas necesidades e intereses se vean afectados por el cumplimiento de la norma. La prueba de universalización de Kant esencialmente requiere un proceso monológico de autocuestionamiento, cuyo objetivo es analizar si las "máximas" de acción propuestas son lógicamente coherentes entre sí. Para Habermas, por otro lado, "la prueba de universalización exitosa ya no está en la pregunta: ¿un mundo regulado por mi máxima es lógicamente coherente? Desde una perspectiva discursiva, la pregunta que nos hacemos es: ¿Todos estarían de acuerdo en ser regulados por una máxima?" (Chambers, S., "Discourse and democratic practices" en S.K. White (ed.) *The Cambridge companion to Habermas*, ed. S. K. White, Cambridge, Cambridge University Press, p. 233). Conforme a esta prueba, un sujeto debe considerar si la norma mediante la cual se propone actuar tiene validez universal y para ello debe establecer un *diálogo* con todos los posiblemente afectados por la acción propuesta. Además, esta conversación debe ser un proceso real de debate, en el que todas las partes tengan oportunidad de articular sus distintas perspectivas e intereses.

[54] Habermas, *Conciencia Moral y acción comunicativa*, *op. cit.*, pp. 85-6. *N. de. T.* En la versión en inglés, *Moral consciousness and communicative action: from discourse ethics to spiritual transformation*, p. 65), esta norma se conoce como "principio 'U'". Tal denominación desaparece en la traducción al español.

[55] Finlayson, James Gordon, *Habermas: A Very Short Introduction*, Oxford, OUP, 2005, p. 82.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

pio democrático" y que se puede comparar y contrastar con el principio universal de rectitud de Kant[56] establece que

> sólo pueden pretender validez legítima las normas jurídicas que en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica (es decir, todos los ciudadanos).[57]

Cada uno de estos principios depende de otra premisa que no se deriva de los presupuestos universales y necesarios de argumentación sino de hechos sobre las sociedades modernas en particular. La otra premisa del principio moral de Habermas establece que los agentes pueden juzgar preguntas morales imparcialmente, a saber, yendo más allá de la perspectiva contingente del agente:[58] en el caso de Habermas, esta actitud "madura" es un logro específicamente moderno, que surge de la conciencia moral como la culminación de un proceso de desarrollo que es inherente a las formas de vida que se basan en la comunicación. La otra premisa del principio democrático de Habermas es que el derecho es un medio indispensable para "organizar la vida en común" en las sociedades modernas – no porque sea un requisito moral sino porque es funcionalmente necesario en las complejas y diversas sociedades modernas como el único medio confiable de establecer expectativas de comportamiento y evitar con ello conflictos o resolverlos cuando ocurran.[59] Como veremos, este apego al derecho, necesario en las sociedades modernas, afecta cómo se evalúa la racionalidad de las normas que organizan la vida en las sociedades modernas.

Habermas considera que el derecho moderno está marcado por una tensión "entre hechos y normas," o más bien, entre su "facticidad" (*Faktizität*) y su "validez" (*Geltung*) –entre su existencia fáctica como un conjunto de normas artificialmente presupuestas que en efecto se hacen cumplir, y el presupuesto de rectitud normativa que generan. La tensión es familiar a la jurisprudencia –la división entre el POSITIVISMO y la teoría de DERECHO NATURAL se construye en torno a una versión de ésta. Sin embargo, Habermas ofrece una opción para pensar cómo administrar la tensión cuyo objetivo es sustituir a ambas: una teoría que se propone determinar dónde

[56] Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, capítulo 3.

[57] *Idem,* p. 175.

[58] Habermas, J., "¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant también a la ética del discurso?", en Escritos sobre moralidad y eticidad, Barcelona, Paidós, 1991, pp. 103-4. (Barron cita la versión publicada en inglés en *Moral consciousness and communicative action: from discourse ethics to spiritual transformation, op. cit.*, p. 110)

[59] Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 658-9.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

radica la *legitimación* del derecho y también explicar su *positividad*, como un sistema de reglas aplicables. Habermas rechaza cualquier versión de positivismo jurídico que consideraría que la legitimidad del derecho reside únicamente en los procedimientos formales de su factura y argumenta que la legitimidad del derecho gira en torno a sí el proceso deliberativo que *conduce a* su factura satisface el principio democrático. Esto, a su vez, presupone que los derechos básicos de los ciudadanos están garantizados, pero Habermas también rechaza las teorías de derecho natural de la legitimidad del derecho y argumenta que los derechos no se deben entender como moralmente decretados ni como resultado de un estado de naturaleza anterior a los acuerdos jurídicos positivos que les darían validez; ni se ha de considerar que sólo están orientados a garantizar la libertad negativa de individuos atomizados y alienados. Los derechos sólo surgen como consecuencia de la organización de la vida común de una comunidad mediante la forma jurídica y expresan relaciones de reconocimiento mutuo entre ciudadanos. La facticidad del derecho es lo que le permite dar una fuerza vinculante a estas relaciones y a las normas que emanan de ellas y con ello promover la solidaridad y la integración social en un momento en que se debilita la capacidad que tienen las instituciones informales del mundo de la vida de hacerlo.

La clave de la teoría jurídica de Habermas, la previsibilidad, yace en su concepción de la razón comunicativa. Como se observó anteriormente, una proposición es comunicativamente racional si se cuenta con fundamentos de que podría sobrevivir cualquier cuestionamiento y por ende ser aceptada por otros. De manera similar, una proposición jurídica es comunicativamente racional si procede de mecanismos comunicativos que podrían resultar en un consenso racional entre ciudadanos:

> La legitimidad del derecho se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo: como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trate se encuentra, o podría encontrar, el asentamiento de todos los posibles afectados.[60]

Habermas insiste en que esto requiere que el derecho ya haya institucionalizado un "sistema de los derechos" que *posibilite* las formas de comunicación necesarias para la génesis del consenso racional entre ciudadanos. Aunque, crucialmente, los derechos en su explicación no son ni prerrogativas morales precedentes ni condicionan lo que suceda en esa arena; están

[60] Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 169.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

implicados por una forma de discurso históricamente contingente y funcionalmente necesaria —el discurso jurídico— que adopta la forma que el principio de discurso requiere, una regla no moral para redimir discursivamente cualquier tipo de pretensión normativa.[61] Esta más bien opaca proposición puede aclararse un poco al reflexionar primero en la *forma* del derecho moderno y posteriormente en la consideración de cómo el principio de discurso y la forma jurídica se "interpenetran".[62]

El derecho es un medio de reglas generales que, como tales, necesariamente circunscribe zonas —por mínimas que sean— de libertad personal. Con reglas generales, las leyes "se dirigen a [un número indeterminado de] destinatarios…, es decir, no consienten excepciones y excluyen en su aplicación privilegios o discriminaciones".[63] Por lo tanto deben dirigirse a sujetos como personas abstractas, no como individuos específicos. De esta característica del orden jurídico resulta que los individuos estén en libertad de actuar como deseen salvo que la ley lo prohíba. El imperio de las leyes no da origen a libertades subjetivas de acción *iguales*, pero la existencia de un código jurídico, conforme al cual todo aquello que no está prohibido se permite, implica que *todos* sus sujetos tienen *algún* espacio para seguir sus propias preferencias –alguna "libertad externa", usando la terminología de Kant. Lo anterior no es garantía de que la zona de agencia del sujeto será de un tamaño en particular —porque nada en la idea de legalidad impone límites en lo que podría estar prohibido o los motivos por los que lo estaría— pero, una parte de dicha área es inevitable una vez que tiene lugar el ordenamiento social mediante el derecho. Por consiguiente, los seres humanos en lo individual son interpretados por la forma jurídica como sujetos de derecho abstracto. En otras palabras, como parte de la esencia del derecho se atribuyen derechos a las personas consideradas sujetos abs-

[61] Al anclar la legitimidad del derecho en un principio de discurso que conceptualmente antecede a la distinción entre DERECHO Y MORAL, las esperanzas de Habermas para evitar una interpretación moralista del derecho. Véase, Rehg, William, "Against Subordination: Morality, Discourse and Decision in the Legal Theory of Jürgen Habermas." *Cardozo Law Review*, vol. 17, núm. 4-5, 1995-6; Mahoney, Jon, "Rights without dignity? Some critical reflections on Habermas's procedural model of law and democracy,"*Philosophy and Social Criticism*, vol. 27, núm. 3, 2001, pp. 21-40 (quien critica que Habermas no haya dado un fundamento moral a los derechos y que argumentara que en realidad defendía una versión nueva de un positivismo jurídico); y Olson, Kevin, "Do rights have a formal basis? Habermas's legal theory and the normative foundations of the law," *Journal of Political Philosophy*, vol. 11, núm. 3, 2003, pp. 273-294.

[62] Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, y en este tema en particular consúltese a Cohen, Joshua, "Reflections on Habermas on Democracy," *Ratio Juris*, vol. 12, núm. 4, 1999, pp. 385-416.

[63] Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 221.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tractos.[64] (Un tema similar anima la concepción de "moral interna" del derecho de Lon Fuller.)

De lo anterior resulta que "las normas que adoptan una forma jurídica son normas artificialmente creadas que son obligatorias y también garantizadoras de libertades".[65] Sin embargo, siguen siendo normas orientadas a organizar la vida común de las personas que interactúan *comunicativamente* y dichas personas deben por tanto adoptar el principio de discurso como su punto de partida si han de considerar legítimas las normas jurídicas que los gobiernan. El argumento aquí parecería abarcar dos aspectos. Primero, organizar la vida común de una sociedad es una empresa comunicativa de la que emanan los tipos de presupuestos idealizantes ya considerados y a los que aplica el principio de discurso. Segundo, debido a que esta empresa tiene lugar en la modernidad a través del medio de *derecho*, es necesariamente institucionalizada a través de derechos; y ello conlleva otros presupuestos sobre los derechos que los agentes deben adoptar mutuamente para llegar a acuerdos si la regulación de su vida común ha de ser aceptada por todos como legítima. Estos deben incluir derechos de autonomía pública: derechos de participación en los procesos políticos mediante los cuales dicha regulación se lleve a cabo; deben incluir también derechos a la autonomía privada: derechos que garanticen libertades subjetivas *iguales* para todos.[66] La autonomía pública y la autonomía privada son mutuamente facultativas y por lo tanto ninguna tiene prioridad: los derechos que garantizan la autonomía privada se aseguran de que los agentes se confronten entre sí como sujetos de derecho libres e iguales; los derechos que garantizan la autonomía pública permiten que los ciudadanos sean los que den forma y definan aún más los derechos de que disfrutan como privadamente autónomos y por lo tanto pueden convertirse en los autores de las leyes a las que están sujetos como destinatarios. Esta interpretación de derechos y democracia como "cooriginal"[67] a su vez le permite a Habermas evitar tomar partido en el debate entre republicanismo cívico y liberalismo, por-

[64] Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 184-5.

[65] Habermas, Jürgen, "Remarks on Legitimation through Human Rights", *Philosophy and Social Criticism*, vol. 24, núm. 2-3, pp. 164.

[66] Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit*, pp. 186, 188. "Estos… derechos resultan de la propia aplicación del principio de discurso al medio que representa el derecho como tal, es decir, a las condiciones de juridiformidad de la 'sociación' horizontal [de personas libres e iguales]" (Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 188)

[67] Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 184-88.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que para él hay una relación *interna* entre los valores que cada parte en el debate erróneamente ve como opuestas o en tensión:

> La relación interna entre democracia y el estado de derecho consiste en lo siguiente: por un lado, los ciudadanos pueden hacer uso adecuado de su autonomía pública sólo si, con base en su autonomía privada igualmente protegida, son suficientemente independientes; por el otro, pueden obtener igualdad en el disfrute de su autonomía privada sólo si hacen uso adecuado de su autonomía política como ciudadanos. En consecuencia, los derechos básicos relativos a la libertad y política son inseparables. La imagen de la cáscara y el grano es errónea –como si hubiera un área central de derechos a la libertad elementales que tuviera prioridad sobre los derechos a la comunicación y la participación.[68]

Para resumir, la reconstrucción racional que hace Habermas de la bases en las que se organiza la política moderna revela que el principio de discurso (que es normativo pero amoral y está "inscrito en las propias condiciones de la 'sociación' comunicativa"[69] está entrelazado con la forma jurídica (que no puede justificarse normativamente). El resultado es una legitimidad del principio de derecho distinto que establece un procedimiento de legislación legítimo: sólo son legítimas aquellas leyes que todos los ciudadanos puedan asentir en un proceso discursivo de legislación que a su vez ha sido constituido a través de un sistema de derechos que garantiza la participación igualitaria de cada persona y garantiza las presuposiciones comunicativas del proceso de legislación. Habermas no describe los elementos detallados de este sistema de derechos alegando que cada régimen democrático tiene que especificarlos en garantías individuales constitucionales específicas, disposiciones legislativas y decisiones judiciales. Sólo se limita a identificar cinco amplias categorías de derecho que, sin especificar, son "lugartenientes no saturados"[70] de derechos específicos que no han sido formulados para contextos concretos y dan respuesta a circunstancias cambiantes.[71] Habermas identifica tres categorías —libertades negativas, derechos que definen la membresía de las personas a un estado y los derechos de debido

[68] Habermas, "Remarks on Legitimation through Human Rights", *op. cit.*, p. 161. En palabras de Cohen: "la autonomía pública requiere autonomía privada porque la autonomía pública requiere un orden jurídico, dicho orden es legítimo sólo si garantiza libertades iguales; y la privada requiere a la pública, porque la regulación jurídica de la autonomía privada sólo es legítima si emana de un proceso discursivo que garantice los derechos políticos" (Cohen, "Reflections on Habermas on Democracy," *op. cit.*, p. 393)

[69] Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 194

[70] *Idem,* p. 192

[71] "De ahí que los capítulos de derechos fundamentales de las condiciones históricas puedan entenderse como distintas lecturas, dependientes del contexto, *de un mismo* sistema de derechos" (Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 194).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

proceso— que juntos garantizan la autonomía privada. Una cuarta categoría —los derechos de asociación, comunicación y participación en el proceso político formal— garantiza la autonomía pública. Por último, Habermas reconoce que es necesaria una quinta categoría de derechos sociales en tanto que el ejercicio efectivo de derechos civiles y políticos depende de ciertas condiciones sociales y materiales, por ejemplo, que los ciudadanos puedan satisfacer sus necesidades materiales básicas. (La primera de las cuatro categorías, señala Habermas, está "absolutamente fundada"; la quinta "sólo relativamente fundada").[72] En esencia, entonces, los DERECHOS JURÍDICOS deberán institucionalizar las condiciones comunicativas para la formación de voluntades políticas racionales.

A pesar de la complejidad de la formulación que Habermas hace de la teoría del discurso, podría parecer que está ofreciendo un poco más que un modelo liberal bastante ortodoxo de democracia y derechos humanos como su manifestación institucional. Lo que pareciera darle a su teoría un tono más radical es el argumento de que los sistemas políticos y jurídicos del estado constitucional y social y democrático deben estar vinculados con procesos de comunicación en la sociedad más amplia para que sea posible una política deliberativa plena.[73] La materialización plena del principio de discurso en la arena política depende entonces de "la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente";[74] a saber, con opiniones que surjan de la esfera pública informalmente organizada —que va de la cantina a la prensa— más allá de las arenas formales de acción política. La función del poder judicial es adaptar las normas jurídicas a casos particulares de una forma "dialéctica" que tenga en cuenta las perspectivas de todas las partes afectadas. Habermas admite que esta apertura estará en tensión con la facticidad del derecho, que demanda la certidumbre de un resultado determinado. Pero a diferencia de los "teóricos jurídicos posmodernistas" antes mencionados, para quienes la tendencia del derecho a cerrarse a través de "la violencia de la

[72] Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 189.

[73] Para una crítica de este modelo dual de democracia como una receta para el dominio de los imperativos del sistema, excepto en situaciones de crisis ocasionales, véase, p. ej. Cohen, "Reflections on Habermas on Democracy," *op. cit.*,. Para una crítica en términos similares, que también argumenta que la teoría "madura" de Habermas no cuestiona las desigualdades sociales que sistemáticamente privilegian a algunos sobre otros en el proceso político, en especial donde hay "compromisos", véase Scheuerman, William E., "Between Radicalism and Resignation: Democratic Theory in Habermas's Between Facts and Norms" en P. Dews (ed.) *Habermas: A Critical Reader* Oxford, Blackwell, 1999, pp. 153-177.

[74] Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 374.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sentencia" hace que la justicia sea imposible, Habermas adopta la opinión de que el derecho se posiciona como una "bisagra" entre el sistema y el mundo de la vida y esto le permite tener un lugar preponderante en el aseguramiento de que el resultado esté por lo menos sustentado en fundamentos que podrían satisfacer el requisito de justificación pública y por ende son "obligatorios y vinculantes".[75] Para resumir la postura de Habermas:

> ...la fuerza sociointegradora que representa la solidaridad, que ya no puede extraerse sólo de la fuente que representa la acción comunicativa, ha de poder desarrollarse a través de espacios públicos autónomos extraordinariamente diversos y de procedimientos de formación democrática de la opinión y la voluntad institucionalizados en términos de Estado de derecho; y a través del medio que representa el derecho ha de poder afirmarse también contra los otros dos mecanismos de integración de la sociedad, a saber, el dinero y el poder administrativo.[76]

Los teóricos posmodernistas a su vez sin duda se concentrarían en las operaciones exclusivistas que están vinculadas a fundamentos de articulación y que establecen su validez intersubjetiva, pero para Habermas, esto no puede socavar la necesidad de defender pretensiones morales o jurídicas haciendo referencia a criterios susceptibles de generalización. En particular, mientras que para Habermas el silenciamiento de las perspectivas del "otro" en la resolución de controversias normativas supone un problema de legitimidad, sigue siendo necesario demostrar, mediante un argumento (discursivamente) racional, que este silenciamiento es injustificado en *sí mismo*. Así mismo, considerar a la acción comunicativa seriamente como el paradigma de la razón es reconocer el surgimiento, en el uso cotidiano del lenguaje, de esferas especializadas del discurso orientadas a redimir distintos tipos de pretensiones de validez. Los teóricos posmodernistas, por otra parte, tienden a obliterar las distinciones entre discursos a través de su negación totalizante de la razón en todas sus formas. Usando términos habermasianos, ellos consideran que las pretensiones de validez que acompañan los pronunciamientos conceptuales y normativos son igualmente (e inerradicablemente) reductivas y terroristas; y se basan en una versión indigna de la experiencia estética (a la que se hacen referencia mediante nociones tales como *différance* y deseo) para articular ese "exceso" que no se tiene en cuenta en el proceso de "cálculo" normativo y conceptual. De esta manera, contraponen una razón esencialmente patológica a una fuerza amorfa de resistencia y dan por sentado que esta última ofrece la única

[75] Outhwaite, William, *Habermas: A Critical Introduction* 2nd ed., Cambridge, Polity, 2009, p. 137.

[76] Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 375-6.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

salida para la jaula de hierro de la razón. Sin embargo, en opinión de Habermas de esta estrategia "no se sigue un efecto emancipatorio"[77] El proyecto de Habermas es defender el proceso diferenciado de racionalización cultural que ha producido las esferas divididas de la modernidad, al tiempo que busca reintegrar estas esferas (sin fusionarlas) y sanar la ruptura entre sus culturas expertas (incluyendo aquellas asociadas con el derecho y la estructura política formal) y los discursos informales del mundo de la vida. Al elaborar este proyecto, se puede decir que ha otorgado la crítica más poderosa hasta ahora de las fuerzas intelectuales que han conformado la teoría cultural-jurídica.

III. Bibliografía

COHEN, Joshua, "Reflections on Habermas on Democracy," *Ratio Juris*, vol. 12, núm. 4 1999.

CHAMBERS, S., "Discourse and democratic practices" en S.K. White (ed.) *The Cambridge companion to Habermas*, ed. S. K. White, Cambridge, Cambridge University Press.

COOKE, Maeve, *Language and Reason: A Study of Habermas's Pragmatics*, Cambridge, MIT, 1994.

DERRIDA, Jacques, "Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority,'" *Cardozo Law Review*, vol. 11, 1990.

DOUZINAS, Costas y RONNIE Warrington, *Justice Miscarried: Ethics, Aesthetics and the Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1994.

DOUZINAS, Costas, "El fin(al) de los derechos humanos, " *Ius: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, vol. 22, 2008.

FINLAYSON, Gordon, "Habermas's Discourse Ethics and Hegel's Critique of Kant's Moral Theory" en P. Dews (ed.) *Habermas: A Critical Reader*, Oxford, Blackwell, 1999.

FINLAYSON, James Gordon, *Habermas: A Very Short Introduction*, Oxford, OUP, 2005.

FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas: Una arqueología de las ciencias humana*, traducción de Traducción de Elsa Cecilia Frost, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 1968 [1966].

HABERMAS, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*, Cambridge, MA, MIT Press, 1989.

[77] Habermas, "La modernidad, un proyecto incompleto", *op. cit.*, p. 30.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "What is Universal Pragmatics?", traducción de T. McCarthy, en *Communication and the Evolution of Society*, New York, Beacon Press, 1979.

_____, "La modernidad, un proyecto incompleto", traducción de Jordi Fibla, en H. Foster (ed.) *La Posmodernidad*, Barcelona, Kairós, 1980.

_____, *Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1987 [1981].

_____, *Teoría de la acción comunicativa, II: Crítica de la razón funcionalista*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1987 [1981].

_____, "Remarks on the Concept of Communicative Action", in Gottfried Seebass and Raimo Tuomela (eds.) *Social Action* (Kluwer), 1985.

_____, *El discurso filosófico de la modernidad*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus Ediciones, 1989 [1985].

_____, *Conciencia Moral y acción comunicativa*, Barcelona, Ediciones Península, 1985 [1983].

_____, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.

_____, *Justification and Application*, Cambridge, MA, MIT Press, 1993.

_____, "Apuntar al corazón del presente" en D. Couzens, *Foucault*, traducción de Sigrid Brauner y Robert Brown, con la colaboración de David Levin, Buenos Aires, Nueva Visión, 1988.

_____, *Postmetaphysical Thinking: Philosophical Essays*, traducción de William Mark Hohengarten, Cambridge, MA, MIT Press, 1992 [1988].

_____, *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1998 [1992].

_____, "Remarks on Legitimation through Human Rights, *Philosophy and Social Criticism*, vol. 24, núm. 2-3.

_____, "¿Afectan las objeciones de Hegel a Kant también a la ética del discurso?", en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós, 1991.

KANT, Immanuel, *Filosofía de la Historia. ¿Qué es la Ilustración?*, traducción de Emilio Estiú y Lorenzo Novacassa, Buenos Aires, Caronte, 2004 [1784].

MAHONEY, Jon, "Rights without dignity? Some critical reflections on Habermas's procedural model of law and democracy,"*Philosophy and Social Criticism*, vol. 27, núm. 3, 2001.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

OLSON, Kevin, "Do rights have a formal basis? Habermas's legal theory and the normative foundations of the law," *Journal of Political Philosophy*, vol. 11, núm. 3, 2003.

O'NEILL, Onora, "The Public Use of Reason", *Political Theory*, vol. 14, núm. 4, 1986.

OUTHWAITE, William, *Habermas: A Critical Introduction* 2nd ed., Cambridge, Polity, 2009.

PENSKY, M., "Habermas's Intellectual Contexts," en B. Fultner (ed.) *Jürgen Habermas: Key Concepts*. Acumen, 2001.

POWER, Michael, "Habermas and the Counterfactual Imagination", *Cardozo Law Review,* vol. 17, núm. 4-5, 1995-6.

REHG, William, "Against Subordination: Morality, Discourse and Decision in the Legal Theory of Jürgen Habermas." *Cardozo Law Review*, vol. 17, núm. 4-5, 1995-6.

SALTER, M. "Habermas' new contribution to Legal Scholarship", *Journal of Law and Society,* ol. 24, 1997. (Proporciona una útil revisión de los últimos trabajos a la fecha de Habermas sobre derecho y democracia).

SCHEUERMAN, William E., "Between Radicalism and Resignation: Democratic Theory in Habermas's Between Facts and Norms" en P. Dews (ed.) *Habermas: A Critical Reader* Oxford, Blackwell, 1999.

YATES, M., "Postmetaphysical Thinking" en B. Fultner (ed.) *Jürgen Habermas: Key Concepts*. Acumen, 2001.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 19

TEORÍA LITERARIA DEL DERECHO. DERECHO Y LITERATURA: INTERSECCIONES INSTRUMENTAL, ESTRUCTURAL E INSTITUCIONAL

José Calvo González*

"A lawyer without history or literature is a mechanic, a mere working mason; if he possesses some knowledge of these he may venture to call himself an architect".
Sir Walter Scott [1771–1832], *Guy Mannering or the Astrologer* (1815), Chap. XXXVII

Sumario: I. *Geometría del jardín.* II. *Cuestión de Nomenclatura, pero ante todo de orden.* III. *Interesección instrumental.* IV. *Intersección estructural.* V. *Intersección institucional.* VI. *Mirador al jardín.* VII. *Bibliografía.*

I. Geometría del jardín

Se me ocurre que para describir cuál ha sido, luego de transcurrido cierto tiempo, el resultado de una dedicación académica a las tareas investigadoras bien podría acudirse a la siguiente imagen. En el desenvolvimiento de esa labor va configurándose poco a poco algo como un "parque temático". Tiene esta locución un perfil de especialidad que en mi caso se contrae al índice de materias y problemas propios de la disciplina "Filosofía del Derecho". Si desarrolláramos esa imagen podría decirse también que, como en cualquier parque que se precie, allí habrá largas avenidas arboladas, profundas y umbrías alamedas, y asimismo soleados paseos de florecidas rosaledas, extensos prados en verdores tornadizos, y también parajes apartados que ha mucho no se transitan. El mío contiene todos esos lugares, además de otros más ocultos en cuya espesura se amontona la broza de muchas podas. Y en él hay, por supuesto, un jardín. No es de recreo, sino botánico;

* Catedrático de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Málaga (España).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 695-736.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

esto es, un terreno cercado donde, habiendo permanecido al abrigo del inclemente invierno, adelantan para el estudio brotes de alguna especie difícil, singular o nueva. Sería de proponer que alguien dedicara una reflexión algo más acrecentada que esta mía, sólo germinal, a la semejanza del oficio de la investigación científica con arte del cuido y cultivo de jardines, siquiera por razón de los afanes y desvelos, así como del placer y goce estético que de ambas aplicaciones resulta.

Voy a hablarles de ese jardín que con los años, van ya para más quince, me parece haber arreglado con sementeras y planteles, y por medio de esquejes, yemas de injerto y otras técnicas y procedimientos donde la curiosidad instructiva siempre fue compañera de la experimentación intelectual. Es el fértil jardín de la *Teoría literaria del Derecho*. Pero nada diré sin embargo acerca de su flora o variedad de frutos, sino de las diversas veredas que en él formaron los pasos recorridos. Cuanto aquí exponga se ceñirá únicamente a la geometría del jardín, tejida toda ella de intersecciones. Así, pues, no es aquél un jardín senderos que se bifurcan —como en la borgeana trama del alternativo destino que diseñan varios porvenires— sino atravesado por sendas y caminos que se entrelazan. En mi caso esas andaduras allegaron a una central glorieta, la "teoría y crítica narrativista del Derecho", pero tampoco creo que esta desembocadura interese más que las diferentes travesías y confluencias que entre ellas se producen.

II. Una cuestión de nomenclatura, pero ante todo de orden metodológico

La *Teoría literaria del Derecho* supone que lo *jurídico* y lo *literario* se encuentran en relación. Es significativo que incluso Posner, quien ha mostrado mayores reticencias hacia la ella, aunque la precise como "incomprendida"[1] no la niegue. Por tanto, el asunto principal remite a partir de aquí a la manera

[1] Posner, Richard A., *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1988, y *Law and Literature: Revised and Enlarged Edition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1998. Asimismo, *Idem*, "What Has Modern Literary Theory to Offer Law?", *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000, pp. 195-208. Sobre la posición de Posner, véanse White, James Boyd "What Can a Lawyer Learn from Literature?", *Harvard Law Review*, vol. 102, 1988-1989, pp. 2014-2047, y Marí, Enrique E., "Derecho y Literatura. Algo de lo que se puede hablar pero en voz baja", *Doxa*, vol. 21, 1998, pp. 251-288. De la 2ª ed. de *Law and Literature* existe trad. española de Pilar Salamanca y Marina Muresán, *Ley y Literatura*, Colegio de Abogados de Valladolid- Eds. Cuatro y el gato, Valladolid, 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

y mejor forma de conocer el régimen que vincula entre sí los elementos de la relación. Dos proposiciones pueden contribuir a facilitarlo, y son:

a) Las intersecciones entre lo *jurídico y* lo *literario* resultan de los diversos itinerarios y trayectorias de recorrido, por ambas partes, y

b) Las intersecciones entre lo *jurídico y* lo *literario* se articulan a través de cierta clase de sintagmas gramaticales que actúan como puente, organizadas concretamente mediante tres preposiciones (*en*, indicando lugar; *de*, denotando pertenencia; *con*, expresando la circunstancia con que algo se ejecuta o sucede) y un adverbio modal (*como*, es decir, a modo de, según, en tanto que o tal que, apuntando tipos de cotejo que van desde adyacencia hasta simetría).

De la proposición a) se infiere que la eventual distinta línea de aproximación y avance de cada elemento de la relación origina encuentros y contactos diferentes. Lo que se entiende por *jurídico* o por *literario* no es siempre unívoco, de ahí que pudiendo ser diverso el camino por donde marche una determinada idea de Derecho o de Literatura puedan ser también diversos los puntos de intersección que se produzcan.

De la proposición b) se infiere que cada posible intersección será diferente de cualquiera otra y que cada una de esas posibles intersecciones se referirá a una relación en sí misma diferenciada de las demás: el Derecho *en* la Literatura, el Derecho *de* la Literatura, el Derecho *como* Literatura. En cualquier caso, aún cuando todas ellas atañen a cualidades distintivas acerca de la posible relación Derecho *y* Literatura, coinciden no obstante en descartar la transposición o compensación sustitutiva (Derecho *por* o *en lugar de* Literatura), manteniendo pues el distingo entre los elementos que se relacionan. Ciertamente, es porque Derecho *y* Literatura se relacionan, que Derecho *y* Literatura se distinguen.

Supuesta la proposición a), las distintas líneas de aproximación y avance en que respectivamente discurren las relaciones entre lo *jurídico* y lo *literario* conciernen asimismo a tres ideas de distinta índole sobre *Derecho y Literatura*: 1) La que considera el Derecho en cuanto traído de la idea de cultura jurídica, y la Literatura de la de cultura literaria, 2) La que considera el Derecho en cuanto traído de la idea de regulación normativa, y la Literatura como actividad objeto de regulación normativa por el Derecho, y 3) La que considera el Derecho en cuanto traído de la idea de teoría jurídica, y la Literatura de la de teoría literaria.

Supuesta la proposición b), las intersecciones entre Derecho *y* Literatura son diferentes y cualitativamente distinguibles ya que: 1) El Derecho *en* la Literatura presenta la recreación literaria (tanto de género narrativo, como lírico o dramático) de alguna forma organizativa jurídica (los tribunales de

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

justicia, la profesión jurídica, etc.) o de determinados conceptos y valores jurídicos (ley, equidad, justicia, etc.), o lo que es igual, presenta la literatura asociada a temas o asuntos jurídicos, 2) El Derecho *de* la Literatura presenta el fenómeno literario desde el punto de vista jurídico-normativo (propiedad intelectual, *Copyrights* y derechos de autor, contrato de edición, etc., incluyendo asimismo problemas de libertad de expresión), y 3) Derecho *como* Literatura presenta los productos jurídicos como creaciones literarias (literatura legislativa, judicial, de la práctica profesional, de la doctrina científica, etc.) y somete a perspectiva metodológica de canon literario el análisis crítico y comprensión de los discursos, experiencias y actos, criterios interpretativos y construcciones jurídico-dogmáticas.

Lo hasta aquí expuesto como sinopsis y breve desglose analítico, tanto sobre la relación Derecho *y* Literatura como acerca de las tres variables de intersección comúnmente aceptadas,[2] ha de completarse todavía con tres anotaciones.

- Una primera, señalando que en las intersecciones Derecho *en* la Literatura y Derecho *como* Literatura se producen efectos de interdisciplinariedad de amplísimo *spectrum*,[3] que sin embargo faltan en el Derecho *de*

[2] Además de Posner, Richard A., *Law and Literature*, *op. cit.*, pp. 319-352, también Weisberg, Robert, "The Law-Literature Enterprise", *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. I, 1988, pp. 1-2; Ward, Ian, *Law and Literature. Possibilities and Perspectives,* 2da ed., Cambridge U.P., Cambridge, 2004 [1994], pp. 3 y ss.; García Amado, Juan Antonio, "Breve introducción sobre Derecho y Literatura", *Idem,*, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003, p. 362; Ost, François, *Raconter la loi, Aux sources de l´imaginaire juridique*, Odile Jacob, Paris, 2004, p. 40. Algún trabajo, como el de Morawetz, Thomas, "Ethics and Style: The Lessons of Literature for Law", *Stanford Law Review*, vol. 45, 1993, pp. 497-499, añade un cuarto punto de intersección conducido a través de la perspectiva histórica (*storian way*), tocante a la forma en que la Literatura ha trasladado determinada imagen del Derecho a la hora de comprender su realidad histórica e influido sobre la opinión pública para identificar ciertos procesos jurídicos, en especial, legislativos. Sobre esta cuestión véanse también Ferguson, Robert A., *Law and Letter in American Culture*, Harvard University Press, Cambridge, 1984; Brook, Thomas, *Cross-Examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, Cambridge University Press, New York, 1987, y Dolin, Kieran, *Fiction and the Law: Legal Discourse in Victorian and Modernist Literature*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. En línea *storian way* mi trabajo "Naturalismo y direcciones criminológicas a finales del siglo XIX en España", *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología,* 2ª Época, vol. 12, 2003, pp. 255-270.

[3] Véase Ossorio Morales Juan, *Derecho y Literatura*, Universidad, Granada, 1949, [Recogido ahora en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, vol. 6, 2003, pp. 501-524]; Hinz, Evelyn J.; Anderson, Trebor y McGillivray, Anne (eds.), *Adversaria. Literature and Law*, University of Manitoba-Winnpeg, Manitoba, 1994; Turner, J. Neville–Williams, Pamela (eds.), *The Happy Couple. Law and literature,* The Federation Press, Sidney, 1994; Dimock, Wai Chee, *Residues of Justice. Literature, Law, Philosophy,* University of California Press, Berkeley- Los Angeles CA, 1996; Rockwood, Bruce L. (ed.), *Law and literature perspectives*, Peter

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

la Literatura, si bien tal modalidad de la relación Derecho *y* Literatura está adquiriendo en algunos sistemas jurídicos fisonomía científica autónoma. Al propio tiempo, si no parece dudoso que lo entendido por Derecho *como* Literatura comporta evidentes dimensiones metodológicas, también se han apuntado respecto al Derecho *en* la Literatura ciertas virtualidades de método para el estudio jurídico.[4]

- La segunda concierne al planteamiento (Richard A. Posner) que en general enfatiza la esencial divergencia entre Derecho *y* Literatura con base en las diferentes funciones sociales que corresponden a textos jurídicos y literarios. Es cierto que a primera vista tal afirmación no parece demasiado discutible; las funciones sociales que incumben al Derecho en cuanto Dogmática jurídica[5] no se registran en la Literatura. Con todo, Derecho *y* Literatura sí se imbrican a una función social indiscutible y común a través de su fundamento en el Mito (*Mythos*); en ambas creaciones humanas la función mítica se halla presente a través de la vocación instituyente de *dación de sentido* frente al desorden de la experiencia; la institución jurídica *otorga sentido* reordenando el conflicto social, la literaria socializa mediante la ficción una promesa de sentido ante al desconcierto de la experiencia. Contemplada desde esta perspectiva la relación Derecho *y* Literatura albergaría una realización suplementaria, fraguada en la oportunidad de contemplar lo jurídico no ya con base en el aprovechamiento de recursos literarios (la Literatura *en* el Derecho) ni tampoco mediante análisis o método de revelación comparativa (Dere-

Lang, New York, 1996; Ball, Milner, "The Future of Law and Literature: Convocations and Conversations", (pp. 107-110), y Levinson, Sanford, "Some (Brief) Reflections About Law and Literature" (pp. 121-123), ambos en *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 10, núm. 2 1998; Myrsiades, Kostas y Myrsiades, Linda (eds.), *Un-disciplining literature. Literature, Law, and Culture*, Peter Lang, cop., New York, 1999; Rodríguez Chávez, Iván, *Literatura y Derecho*, Universidad Ricardo Palma, Lima. Perú, 2002; Ryf, Jean-Pierre, *Justice et litterature. Regards croisés*, Atlantica, Anglet, 2004; Meyer, Michael, *Literature and law*, Rodopi, Amsterdam, 2004; Ward, Ian, *Law and Literature: possibilities and perspectives*, cit.; Goodrich, Peter, "Erotic Melancholia: Law, Literature, and Love", en *Law & Literatura*, vol. 14, 2002, pp. 103-129; Torres Méndez, Miguel, *Jurisprudencia literaria y filosófica. (La aplicación del Movimiento 'Derecho y Literatura' en la jurisprudencia)*, Grijley, Lima. Perú, 2003; Hanafin, Patrick, "Introduction: On Writing: Law and Literature", en Hanafin, Patrick *et al.*, *Law and Literature*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004 [*Journal of Law and Society* Special Issues. Issue 4], pp. 1-2. Un repertorio interesante en Papke, David Ray, "Law and Literature: A Comment and Bibliography of Secondary Works", *Law Library Journal*, vol. 73, 1980, pp. 421-437.

[4] Carreras Jiménez, Mercedes, "Derecho y Literatura", *Persona y Derecho*, vol. 34, 1996, pp. 33-62.

[5] Véase Calsamiglia, Albert, *Introducción a la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 129-150.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cho *como* Literatura), sino forjado *con* apropiación de lo literario. Tal apropiación de la Literatura por el Derecho consiste en la traslación/trascripción de formas instituyentes literarias a las jurídicas, y su posibilidad obedece a que, positivamente, ambos comparten socialmente una misma práctica poética.

Y así, el área estricta de la *Teoría literaria del Derecho* comprendería la superficie y volumen ocupados por las intersecciones Derecho *en* la Literatura y Derecho *como* Literatura y Derecho *con* Literatura.

Estas tres intersecciones, que en adelante denominaré respectivamente como *instrumental*, *estructural e institucional*, conforman pues el foco inmediato la *Teoría literaria del Derecho*.

- Finalmente, decir también que nuestro enfoque sobre una *Teoría literaria del Derecho* prescindirá del Derecho *de la* Literatura, por encarnar una acepción demasiado restrictiva de *Derecho*, que va entendido como disciplina jurídica de especialidad, e igualmente de un subtipo implícito en el Derecho *como* Literatura, en concreto la Literatura *del* (contracción de la preposición *de* y artículo *el*) Derecho, ya que ésta se suscita desde una acepción demasiado extensa de *Literatura*, por entendida como conjunto de obras que versan sobre la ciencia jurídica o *Bibliografía jurídica*, al par que demasiado limitada de *Derecho*, circunscrito al estudio de legislaciones históricas, o *Literatura jurídica* propiamente dicha.[6]

[6] Así los trabajos de Torres Campos, Manuel [1850-1918], *Nociones de bibliografía y literatura jurídicas de España*, Estab. Tip. de Góngora, Madrid, 1884 [Reprod. facs. Edit. Analecta, Pamplona, 2002] y Ureña y Smenjaud, Rafael de [1852-1930], *Sumario de las lecciones dadas en la Universidad Central durante el curso de 1897 a 98 y siguientes. (Intento de una historia de las ideas Jurídicas en España)*, Imp. de la Revista de Legislación, Madrid, 1897, e *Historia de la Literatura Jurídica Española*, Estab. Tip. de Idamor Moreno, Madrid, 1906, o Sancho Izquierdo, Miguel [1890-1988], *El Fuero de Molina de Aragón*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1916 (Col. Estudios de historia de la literatura jurídica española). Véase también Riaza, Román y García Gallo, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1934, p. 22; García Gallo, Alfonso, *Historia del Derecho español*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 3ª ed. 1943, t. I, p. 11; Peset, Mariano *et al.*, *Historia del Derecho*, Albatros, Valencia, 1993, pp. 27 y 30. En Literatura jurídica extranjera véase por ej.: Holdsworth, William Searle, *Sources and literature of English law*, with a foreword by Justice Atkin, Claredon Press, Oxford, 1925; Lansky, Ralph, *Grundliteratur Recht*, C.H. Beck, München, 1978, 2 vols., o Nelson, William E. y Reid, John Phillip, *The Literature of American legal history*, Oceana, New York, 1985. Mi aportación en punto a bibliografía jurídica son cuatro trabajos: "Prólogo" a Vera Delgado, Ana y García Reche, Gregorio, *Repertorio de Libros Antiguos en el que se recogen las obras publicadas con anterioridad a 1801 que están en la Facultad de Derecho*, Universidad de Málaga– Facultad de Derecho, 1990, pp. 7-12. "Notas sobre literatura jurídica y juristas sevillanos del s. XVII: Juan de Ayllón Laynez", *Archivo Hispalense* (Sevilla), vol. 225, 1991,, pp. 233-238, "Notas sobre literatura jurídica y juristas malagueños

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

III. Intersección instrumental

El Derecho *en* la Literatura plantea una intersección de carácter *instrumental* en recorrido de doble dirección: el Derecho en cuanto recurso literario, y también la Literatura en cuanto recurso jurídico. En ambas direcciones el carácter instrumental de la intersección revierte en utilidades varias.

El Derecho en cuanto recurso literario, es decir, la presencia de lo jurídico en el contexto de la ficción literaria, contribuye a la formación de los juristas a través del entendimiento sociológico y iusfilosófico de las concepciones de la justicia (por ej., ordalías, talión y venganza, justicia retributiva/principio de conciliación) [7] y del Derecho (por ej., derecho natural/derecho positivo). Son así dignas de mención reflexiones como la de Gustav Radbruch exhortando a la lectura de concretas obras en prosa[8] y verso.[9] Por pasiva, esto es, atendiendo a la intersección de lo literario en el

---

del s. XVII: Francisco de Amaya", *Revista de Estudios Antequeranos,* (Antequera. Málaga), vol. 2, 1994), pp. 359-371, y "El derecho escrito. Lectores, lecturas, leyes, lecciones", Presentación a *El derecho escrito. La cultura del libro e impresos jurídicos en las colecciones privadas malagueñas. Siglos XVI-XIX* (3 de febrero-18 de marzo 2005), Cedma, Málaga, 2005, pp. 9-24.

[7] Véase el interesante trabajo de Henberg, Marvin, *Retribution: evil for evil in ethics, law, and literature*, Temple University Press, Philadelphia. Pa., 1990. Por mi parte, el trabajo titulado "Medio rural y Justicia. Literatura social-reformista en España, 1914-1925", en Cunha Paolo Ferreira da (Coord.), *Direito Natural, Justiça e Política* (IIº Coloquio del Instituto Jurídico Interdisciplinar. Faculdade de Direito da Universidade do Porto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005, vol. I, pp. 37-86.

[8] Radbruch, Gustav [1878-1949], *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Verlag Scherer, Heidelberg, 1948, trad. de Wenceslao Roces [1951], *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 4ta edición 1974, pp. 151-152. (Así, France, Anatole [1844-1924], *Crainquebille, Putois, Riquet y otros relatos edificantes*, trad. de Luis Ruiz Contreras, Imp. A. Marzo, Madrid, 1908, o Tolstói, Lev [1828-1910], *Resurrección*, trad. de Mariano Orta Manzano, RBA, Barcelona, 2005 [1889].

[9] Sobre la presencia del Derecho en la poesía es referencia clásica Grimm, Jacob, "Von der Poesie im Recht", *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft,* II, 1816, *pp.* 25-99. El propio Radbruch ocupó su interés jurídico en poetas como Goethe. Véase Gustav Radbruch, "Goethe und K.F. Hommel", en *Idem,*, *Elegantiae Juris Criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*, 2. Auflage, Verlag fur Recht und Gesellschaft AG, Basel, 1950, pp. 176-180 [Karl Ferdinand Hommel (1722-1781) fue profesor de derecho y juez en Leipzig, además de un importante promotor del reformismo penal ilustrado, siendo conocido como el Beccaria alemán, traductor de éste en ed. vienesa de 1786]. Consúltese también la recensión a *Elegantia Juris Criminales* de Radbruch por Grzybowski, Kazimier en *American Journal of Comparative Law*, vol. 3, núm. 4, pp. 603-604. Igualmente, Radbruch, Gustav, "Il diritto nella visione goethana del mondo", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (en adelante *RIFD*), XX, IV-V, 1940, pp. 193-205. Para otras referencias, como por ejemplo a *Maß für Maß* [*Medida por Medida*] de Shakespeare, en su obra *Gestalten und Gedanken*, Acht Studien, Koehler & Amelang, Leipzig, 1944.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Derecho, o Literatura en cuanto recurso jurídico, no carece de oportunidad la referencia a trabajos, ahora clásicos, en los que se destaca el empleo de mecanismos y dispositivos poéticos llevado a cabo por legisladores y jurisconsultos.[10]

No obstante, el beneficio que de ello reporta no sólo aprovecha al tipo de utilidades que Radbruch denominaba genéricamente de "estética del Derecho", o sea, en el rastro de método didáctico y lema de esópica tradición ("instruir deleitando"). Lo observamos también allí donde la divisa de la práctica iuspedagógica parecería rezar con emblema opuesto ("la letra con sangre entra"); es decir, durante el trámite de la instrucción jurídico-dogmática. Porque ciertamente también aquí se obtienen rendimientos que para la experiencia formativa de los juristas suponen adquisición de conocimientos y desarrollo de habilidades. Lo han comprendido de ese modo quienes en la estela de John Henry Wigmore [1863-1943] y su *A List of Legal Novels* (1908 y 1922)[11] hacen uso de esa prospectiva, renovando la

[10] Véanse los trabajos de Fehr, Hans, reunidos en *Kunst und Recht.* Festgabe für Hans Fehr, C. F. Müller, Karlsruhe, 1948, 3 t. [I. *Das Recht im Bilde* (1929); II. *Das Recht in der Dichtung* (1931); III. *Die Dichtung im Recht* (1936)]. Para ejemplos más recientes Johnson, Barbara, "Anthropomorphism in Lyric and Law", *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 10, 1998, pp. 549-574, y en Derecho constitucional, véase Häberle, Peter y López Bofill, Héctor, *Poesía y derecho constitucional: una conversación*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, 2004, que también contiene trad. parcial de *La Constitución de los literatos*, de Häberle (*Das Grundgesetz der Literaten. Der Verfassungsstaat im (Zerr?) Spiegel der Schönen Literatur*, Illustrationen von Bernd Burkhard, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1983). En Derecho penal, García Oviedo, Carlos, "Ideas jurídico-penales contenidas en el Romancero español", en *Revista del Centro de Estudios Histórico de Granada y su Reino*, (1912), pp. 223-250, e *infra* núm. 19. En historia política Cunha, Paulo Ferreira da, "La poésie, signe juridico-politique: l'exemple de l'Al-Andalus Lusitanien. Essais de lecture", en *Idem,*, *Le Droit et les Sens*, L' Atelier de l' Archer, Paris-Orléans, 2000, pp. 106-127. Véase asimismo sobre juristas poetas "Off the Record: An Anthology of Poetry by Lawyers", en *Legal Studies Forum*, vol. 28, num. 1-2, 2004, íntegramente dedicado a la poesía de juristas, en ed. de Elkins, James R..

[11] En *Illinois Law Review*, vol. II, 1908, pp. 574–593, y "A List of One Hundred Legal Novels", en *Idem,*, vol. XVII, 1922, pp. 26-41. Wigmore las organiza en cuatro grupos de novelas: *1*) las que describen escenas de tribunales; *2*) las que muestran rasgos de abogados, jueces, o detallan formas de la vida profesional; *3*) las que exponen métodos jurídicos en el proceso y ejecución penales; y *4*) las que tratan sobre alguna cuestión jurídica tocante a derechos o conductas de los personajes literarios. Véase también Pergolesi, Ferruccio, *Diritto e giustizia nella letteratura moderna, narrativa e teatrale*, Zuffi, Bologna, 1949 p. 25 [reimp. 1956] y Gemmette, Elizabeth Villiers, *Law in Literature. Legal Themes in Short Stories*, Praeger Publishers, New York, 1992 [En espec. Appendix A: 'Wigmore's List of Legal Novels", pp 444-456, y Appendix B: "Weisberg and Kretschman's Expanded List of Law-Related Literary Works",

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

colección de aquel catálogo[12] y ofreciendo y formando ampliadas selecciones y antologías escolares de textos y críticas.[13]

Sin duda, pues, las guías literarias del Derecho (*a literary guide to Law*) son practiquísimas guías de lectura jurídica (*a reader´s guide to Law*), pero poseen además un valor añadido. El cultivo de la intersección Derecho *en* la Literatura, sea mediante el examen el Derecho en cuanto recurso literario o, a la

pp. 457-461, y Appendix C: "Fifty Law-Related Films", pp. 463-467]. Asimismo Breen, Jon L., *Novels Veredicts: A Guide to Courtroom Fiction*, Scarecrow Press, Metuchen (N,J.), 1984.

[12] Véanse reunidas las diversas ampliaciones Kretschman, Karen L., *Legal Novels: An Annotated Bibliography*, University of Texas, Austin, 1979 y Weisberg, Richard, *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, Yale U.P, New Haven and London, 1984. Asimismo la Nota "A New List of Recommended Reading for Prospective Law Students (Faculty of the Michigan Law School)", en *Michigan Law Review*, vol. 83, núm. 4, 1985, Survey of Books Relating to the Law (Feb., 1985), pp. 663-669.

[13] De textos, entre otras, London, Ephraim, *The World of Law: The Law in Literature*, Simon and Schuster, New York, 1960; Suretstk, Harold, "Search for a Theory: An Annotated Bibliography of Writings on the Relation of Law to Literature and the Humanities", en *Rutgers Law Review,* vol. 32, 1979, pp. 727-739; Brook, Thomas, *Cross-examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, cit.; Gemmette, Elizabeth Villiers (ed.), *Law in Literature: Legal Themes in Short Stories*, cit.; *Law in Literature: Legal Themes in Drama*, Whitson Pub. Co., Troy. New York, 1995, *Law in literature: legal themes in Novellas*, Whitson Pub. Co., Troy. New York, 1996, y *Law in Literature: An Annotated Bibliography of Law-Related Works*, Whitston Publishing Co., Troy. New York, 1998; Wishingrad, Jay (ed.), *Legal Fictions: Short Stories About Lawyers and the Law*, edición revisada Overlook Press, Woodstock, 1994; Morison, John y Bell, Christine (eds.), *Tall Stories? Reading Law and Literature*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot 1996; Malaurie, Philippe, *Droit et Littérature. Une anthologie*, Edition Cujas, Paris, 1997; Shapiro, Fred R y Garry, Jane, *Trial and Error: An Oxford Anthology of Legal Stories*, Oxford University Press, Oxford, 1998; Heald, Paul J., *A Guide to Law and Literature for Teachers, Students, and Researchers*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina. Carolina, 1998. En lengua española Fina Sanglas, Albert, *Justicia y Literatura*, Bosch, Barcelona, 1993, y Alamillo Sanz, Fernando J., *La Administración de Justicia en el clásicos españoles. De los jueces, escribanos, alguaciles, cuadrilleros, corchetes, procuradores, pícaros, presidiarios y otras gentes de mal vivir*, Civitas, Madrid, 1996.

De análisis críticos, entre otras, Fisher, John, "Reading Literature/Reading Law: Is There a Literary Jurisprudence?", *Texas Law Review*, vol. 72, 1993, pp. 135-160; Levinson, Sanford y Mailloux, Seven (eds.), *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*, Northwestern University Press, Evaston, 1988; Ledwon, Lenora (ed.), *Law and Literature: Text and Theory*, Garland Publishing, New York, 1995; Rockwood, Bruce L. (ed.), *Law and Literature Perspectives*, *op. cit.*; Freeman, Michael y Lewis, Andrew D. E. (eds.), *Law in Literature. Current Legal Issues*, Oxford University Press, London-New York, 1999, 2 vols. (Nota: Se ha ofrecido por lo general la fecha de aparición, a la que más siguieron numerosas reimpresiones y reediciones). También, aunque en parte, Danovi, Remo, *Tra fantasia e Diritto. List of Novel*, Giuffrè, Milano, 2004. En lengua española el reciente trabajo de Talavera, Pedro, *Derecho y Literatura*, Edit. Comares, Granada, 2006, en especial, caps. II y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

inversa, de la Literatura en cuanto recurso jurídico,[14] no únicamente asiste a la "educación sentimental del jurista",[15] sino que fructifica más allá de favorecer en ese plano de la relación Derecho *y* Literatura una función sólo *estética*, ya que además transforma su provecho en *guía ética*. La inmersión jurídica en las fuentes literarias, y viceversa, actúa con poder de empatía (*power of empathy*) ética. En esta dirección humanista[16] se expresa Nussbaum al opinar que la *imaginación literaria* vale "para guiar a los jueces en sus juicios, a los legisladores en su labor legislativa, y a los políticos cuando midan la calidad de vida de gentes cercanas y lejanas".[17] Y, en efecto, el hábito en esas lecturas "brinda intuiciones que -una vez sometidas a la pertinente crítica- deberían cumplir una función en la construcción de una teoría política y moral adecuada; que desarrolla aptitudes morales sin las cuales los ciudadanos no lograrán forjar una realidad a partir de las conclusiones normativas de una teoría política o moral, por excelente que sea".[18] La imaginación literaria aplicada al Derecho presta servicio de imaginación ético-civil y pública universalizable.

Ahora bien, comparto el parecer de que en el discurso jurídico tal *fabulación literaria*, que desde luego en absoluto tendría por qué no poseer naturaleza lírica (Derecho en la Poesía),[19] debería presentar en cualquier caso

[14] Véase Almog, Shulamit, "Literature Alongside Law as a Contemporary Paradigm", *Cultural Dynamics*, vol. 13, núm. 1, 2001, pp. 53-65.

[15] Tomo la expresión de Larrañaga, Eduardo, *Derecho y literatura*, Universidad Autónoma Metropolitana (Azcapotzalco), División de Ciencias Sociales y Humanidades, México, 1987, p. 23.

[16] Así, Baron, Jane B. califica de "humanistas" a los *law-and-lits*, adeptos al *law and literature*, que sostienen la conveniencia de que los juristas lean Literatura. Véase su trabajo "Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity", *Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 5, 1999, pp. 1059-1085, en esp. p. 1063.

[17] Nussbaum, Martha, *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, *Justicia Poética: La imaginación literaria y la vida pública*, trad. de Carlos Gardini, Edit. Andrés Bello, Barcelona, 1997 [1995], p. 27.

[18] *Ibíd.*, p. 38. Sobre el alcance de la concepción literaria y aristotélica del juicio práctico en Nussbaum, véase Pippin, Robert B., "*Percepire le necessità del tempo*. Letteratura, conoscenza morale e Diritto", en *Ars interpretandi*, vol. 7, 2002, pp. 87-108, en esp., pp. 97-108.

[19] En este punto, señalo una aportación personal con el estudio de temas jurídico-penales en la poesía popular del flamenco andaluz, entendiendo las tonás de carceleras como microrelatos: véase Calvo González, José, *El Cante por Derecho. Las "Carceleras" y el krausofloclorismo andaluz. (Un estudio de Etnología jurídica y Filosofía Penal)*, Ilustraciones de Eugenio Chicano, Ayuntamiento de Málaga, Área de Cultura, Málaga, 2003. Extendiendo el argumento y llevándolo hasta su proximidad con la idea jurídico-política rawlsiana de sociedad justa, me permito recomendar el sugestivo libro de Carta, Paolo, *Il poeta e la polis. Colpa e responsabilità in Wystan H. Auden*, CEDAM, Padova, 2003.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

estructura narrativa.[20] Esa empatía ético-civil y pública universalizable se aprecia particularmente tratándose de la *compasión* —algo distinto del pesar o la pena— hacia las víctimas, del discurso jurídico de género (*legal feminism*) y sobre el derecho de las minorías.[21] Y así, me parecen reveladoras propuestas que partiendo de la relación Derecho *y* Literatura en su intersección Derecho *en* la Literatura, aún admitiendo que no siempre resulte fácil de conseguir la comparación intersubjetiva y la comprensión empática, no obstante promuevan la idea de que Literatura puede contribuir a lograr la promesa moral de trascender nuestra propia condición subjetiva. Es en efecto difícil empatizar con aquellos cuyas experiencias vitales son diferentes a las nuestras. Hay ejemplos clásicos que no han perdido actualidad; v. gr., para un heterosexual es difícil, por ejemplo, *comprender* lo que es *ser* homosexual, para un blanco *comprender* las experiencias de una persona de raza negra. Hay también otros ejemplos más recientes, como que para un nacional resulte difícil *comprehendere* al inmigrante… En verdad puede ser y es difícil trascender nuestra propia experiencia hasta alcanzar la empatía con la experiencia de "los otros", pero entonces "la literatura narrativa, cuando es buena, es el puente que facilita la comprensión empática (…) La metáfora y la narrativa son los medios por los que llegamos a comprender lo que inicialmente nos fue ajeno".[22] En mi experiencia de lector y propugnador de lecturas coincido en que la narrativa nos permite superar las limi-

[20] Véase Roermund, Bert van, "Law is narrative, not Literature", en Witteveen, Willem J. (ed.), *Law, Rhetoric and Literature (Special Issue of Dutch Journal for Legal Philosophy and Legal Theory)*, Tjeenk Willink, Zwolle, pp. 221-227. (Recogido ahora en *Idem*,, *Derecho, relato y realidad*, trad. de Hans Lindahl, Edit. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 13-19).

[21] A título de ejemplo, los trabajos de Bandes, Susan, "Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements", en *University of Chicago Law Review,* vol. 63 1996, pp. 361-412; Frank, Sally, "Eve Was Right to Eat the 'Apple': The Importance of Narrative in the Art of Lawyering", en *Yale Journal of Law and Femenism,* vol. 8, núm. 1, 1996, pp. 79-118; Heald, Paul J., "Introduction. Law and Literature as Ethical Discourse", en *Idem,* (ed.), *Literature & Legal Problem Solving: Law and Literature as Ethical Discourse*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina. Carolina 1998, pp. 3-14, y Melanie, Williams, *Empty Justice: One Hundred Years of Law, Literature and Philosophy*, Cavendish Publishing Ltd., London, 2002. Más en general Heinzelman, Susan Sage y Wiseman, Zipporah, *Representing women: law, literature, and feminism*, Duke University Press, Durham, 1990; Goldstein, Anne B., *Law and literature: representing lesbians*, University of Texas at Austin, School of Law Publications, Austin. Texas, 1992; Bacchilega, Cristina, *Postmodern fairy tales. Gender and narrative strategies*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1997, y Heilburn, Carolyn y Resnik, Judith, "Convergences: Law, Literature and Feminism", en St. Joan, Jacqueline y McElhiney, Annette Bennington (eds.), *Beyond Portia: Women, Law, and Literature in the United States*, Northeastern University Press, Boston, 1997, pp. 11-52.

[22] Gilligan, Carol, *In a Different Voice: Essays on Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, p. 874.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

taciones del hombre económico, prevalecer sobre nuestra identidad y apropiarse la identidad del otro y, con todo ello, excitar el deseo y la pasión de conocer y producir comparaciones intersubjetivas de utilidad, aunque éstas no dispensen del sufrimiento, el dolor y hasta la agonía.

Del resto, no ha de obstar a la percepción del *law-and-lits* que ese *elogio de la lectura* declare —en la mejor acepción de Derecho *en* la Literatura y por relación a la *Literatura en el Derecho*— el valor de la Literatura misma incluso en la *literatura didáctica preparatoria del Derecho*.

En mayo de 1954, Paul Claussen, un muchacho de doce años, escribió a uno de los más renombrados *Justices* norteamericanos, l'inspirateur du tribunal de Nuremberg, el juez Felix Frankfurter, pidiéndole consejo sobre cómo adelantar y mejor prepararse en un futuro estudio del Derecho. El juez le respondió: "May dear Paul, *No less important for a lawyer is the cultivation of the imaginative faculties by reading poetry, seeing great paintings, in the original or in easily availabe reproductions, and listening to great music. Stock your mind with the deposit of much good reading, and widen and deepen your feelings by experiencing vicaurosly as much posible the wonderful mysteries of the universe, and forget all about your future career*". Que, por tanto, de momento, se olvidase de estudiar libros jurídicos; el mejor camino para preparar el ingreso en una Escuela de Leyes consistía más bien en escuchar la mejor música, contemplar las obras maestras de la pintura y, sobre todo, hacer de su mente un depósito de la buena literatura.[23]

IV. Intersección estructural

Cuando denomino intersección *estructural* a la planteada en el Derecho *como* Literatura creo necesario dejar constancia de tres posibles puntualizaciones:

[23] "*My dear Paul,*

No one can be a truly competent lawyer unless he is a cultivated man. If I were you, I would forget about any technical preparation for the law. The best way to prepare for the law is to come to the study of law as a well-read person. Thus alone can one acquire the capacity to use the English language on paper and in speech and with the habits of clear thinking which only a truly liberal education can give. No less important for a lawyer is the cultivation of the imaginative faculties by reading poetry, seeing great paintings ... and listening to great music. Stock your mind with the deposit of much good reading, and widen and deepen your feelings by experiencing vicariously as much as possible the wonderful mysteries of the universe, and forget all about your future career.

With good wishes,

Sincerely yours"

Véase Elman, Philip (ed.), *Of Law and Men: Pappers and Addresses of Felix Frankfurter, 1939-1956*, Brace and Company, New York, Harcourt, 1956, p. 103, o "Felix Frankfurter" (Felix Frankfurter: "Advice to a Young Man Interested in Going into Law", en London, Ephraim (ed.), *The World of Law: The Law as Literature*, cit., p. 725.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

(i) Se trata de una intersección que resulta *un-paso-más-allá* de aquella enunciada en términos de Derecho *en* la Literatura y, en consecuencia, donde la formación jurídico-literaria debida a la lectura no es suficiente, ni tampoco el método exegético de comentario.
(ii) Se trata de un *como si* (*Als-Ob*) o ficción, y
(iii) No se trata de una ficción. El *como* entre Derecho *y* Literatura no consiste en un *como si*. En el Derecho *como* Literatura la intersección Derecho *y* Literatura no viene dada por el recurso mental (*Denkbehelf*) a un eficiente medio de conocimiento (*Erkenntnismittel*) que aproxima la comprensión de una parte de la relación que escapa a la certeza racional de compartir un mismo dato empírico,[24] y mediante el cual no obstante se colmaría la necesidad de equivalencia.

La primera de estas puntualizaciones restablece la peculiaridad de la intersección. La segunda y tercera se excluyen mutuamente. Ahora bien, aunque a mi juicio con sostener la segunda se acabaría incurriendo en la irrealidad de la equivalencia,[25] a los fines operativos de descripción aceptaré que *ab initio* potencialmente una no excluya la otra.

Tomado así, resulta que:
(a) Ante la intersección Derecho *como* Literatura ya no nos hallamos *prima facie* en una reposición de la función instrumental, y que
(b) Su objetivo de *paralelismo* apunta —opcionalmente— sea la adyacencia, sea la simetría entre textos jurídicos y creaciones literarias.

La opción primera de *paralelismo* da cabida a las "hipótesis estéticas", tanto pueda ser la retórico-poética de Benjamín Nathan Cardozo,[26] sobre vínculos existentes entre la opinión judicial y el arte literario y en torno al

[24] Véase Vaihinger, Hans, *Die Philosophie des Als-Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Felix Meiner Verlag, Leipzig, 1922 [1920] p. 19 [1ª ed. 1920], y Martínez García, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, Edit. Debate, Madrid, 1992, pp. 95 y ss.

[25] A veces, sin advertirlo. Véase Alpa, Guido, "*Law & Literature*: Un inventario di questioni", *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, vol. XIII, núm. 2, 1997, p. 175: "la expresión derecho *como* literatura, es decir, el análisis del texto jurídico *como si* fuera un texto literario". (Nota: la cursiva es mía).

[26] Cardozo, Benjamin N., "Law and Literature", *Yale Law Review*, Vo. 14, 1925, pp. 699-718 [Asimismo en reeds. Cardozo, Benjamin N., *Law and Literature, and Other Essays and Addresses*, Harcourt, Brace & Co., New York, 1931, e *Idem*,, "Law and Literature", en Hall, Margaret E. (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Co., New York, 1947, pp. 339-428, y con Pref. de Edwin W. Patterson, Matthew Bender, Albany. New York, 1967, reimp. facs. 1980]. Véase también Weisberg, Richard H., "Law, Literature, and Cardozo's Judicial Poetics", *Cardozo Law Review*, vol. 1, 1979, pp. 283-342, y por extenso *Idem*,, *Poethics: And Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, New York, 1992.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

estilo de redacción de las sentencias y su rango estético (magisterial o imperativa, lacónica, conversacional, refinada o artificial, demostrativa o persuasiva, y tensorial), como la más hermenéutica de Ronald Dworkin.[27] En ambas la postulación concluye meramente en términos de analogía. Así, pues, Derecho *a modo de* o *según* Literatura.

[27] Dworkin, Ronald, "Law as Interpretation", *Critical Inquiry*, vol. 9, 1982-1983, pp. 179-200, reimp. como "How is Law like Literature", en *Idem*,, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 146-166. Existe trad. de José Manuel Pombo Abondano "Cómo el derecho se parece a la literatura", en Rodríguez, César (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de Los Andes- Siglo del Hombre Editores, Santa Fe de Bogotá (Colombia), 1997, pp. 143-180, por donde se cita, en esp.. pp. 149, 150, 168-169: [A los juristas] "les vendría bien estudiar interpretaciones literarias y artísticas. Puede no parecer un buen consejo -salir de Guatemala para meterse en Guatepeor- ya que los mismos críticos están muy divididos en cuanto a lo que la interpretación literaria es, cosa que no mejora en las otras artes... Para que [los juristas] puedan sacar provecho de una comparación entre lo que es la interpretación jurídica y la literaria, es menester que vean la segunda desde cierta perspectiva... Mi sugerencia aparentemente banal -que he llamado *hipótesis estética*- es la siguiente: lo que la interpretación de un texto literario busca es mostrar qué lectura -o voz o dirección, o actuación- es capaz de revelarnos al texto como una verdadera obra de arte... Lo que la interpretación de un texto pretende es mostrar "la obra" como la mejor obra de arte que "puede ser"... He dicho que la interpretación literaria busca mostrar cómo la obra en cuestión puede verse en su mejor luz en tanto obra de arte, y por lo tanto -dicha interpretación- debe cuidar de rasgos formales de unidad, identidad y coherencia, así como consideraciones sustantivas de valor artístico. Una interpretación viable de la práctica del derecho debe también, de manera análoga, pasar un examen de doble filo: debe ajustarse a dicha práctica y debe mostrar un valor, un punto. Pero el valor o punto en este caso no puede ser artístico *porque el derecho no es una labor artística*. La ley es una empresa política cuyo asunto más general, de existir alguno, descansa en la coordinación de los esfuerzos del individuo y los de la comunidad, o en resolver disputas tanto sociales como individuales, o en asegurar que se haga justicia entre los ciudadanos y entre ellos y el Estado o cualquier combinación posible entre estos elementos... Así las cosas, la interpretación de cualquier cuerpo o división del derecho debe mostrar el valor de tal cuerpo jurídico en términos políticos, demostrando -o mostrando- el mejor de los principios que dicho cuerpo debe tener para prestar un servicio". (Nota: la cursiva es mía). En cuanto a la bien conocida y ciertamente afortunada metáfora de la *chain novel* (Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, cap. 7 [trad. de Claudia Ferrari, *El Imperio de la ley*, Edit. Gedisa, Barcelona, 1992]) referida a la idea de coherencia interna del sistema jurídico, ha de ser tenida como ajena a cualquiera pretensión que pudiera exceder su carácter de *analogía*. Véase también Ruiz Tagle, Pablo, "La novela legal en serie y el concepto de Derecho: Una teoría de Ronald Dworkin" (1988), *Idem*,, *Derecho, Justicia y Libertad. Ensayos de Derecho Chileno y. Comparado,* Fontamara, México D. F., 2002, pp. 47-57, y sobre su conexión con la teoría del precedente judicial Lindquist, Stefanie A. Y Cross, Frank B., "Empirical Testing Dworkin's Chain Novel theory: studying the paths of precedent", *New York University Law Review*, vol. 80, 2005, pp. 1156- 1206.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Algo muy diferente sucede en la segunda opción. Al enfrentar el problema del proceso hermenéutico la moderna (postmoderna) teoría tanto de la Literatura como del Derecho promueve el *paralelismo* con la propuesta de la *muerte* del autor/legislador (intención del autor/*voluntas legislatoris*) y la *resurrección* del texto y el lector a través de constructos heurísticos tales que dialogismo intertextual y comunidades interpretativas. Es decir, la estética de la recepción literaria (*Rezeptionsästhetik*) —heredera del viejo y genérico adagio hermenéutico *quidquid recipitur, ad modum recipientes recipitur*— y la nueva retórica sobre la interacción texto/lector *como* (*en tanto que* o *tal que*) teoría de la interpretación —y aplicación— jurídicas.[28] El parangón tiene aquí una intensidad mayor y más penetrante que en la opción precedente, donde el símil no superaba el estadio de comparación parcial o sólo limitada. Lo que ahora se apunta en la trayectoria de los *hermeneutic law-and-lits* es a la simetría. Ello determina, desde mi punto de vista, que la diferencia existente entre ambas opciones no sea de grado, sino de índole, y en consecuencia que si la razón de cotejo en cada una ni es común ni tampoco intercambiable, lo más lógico sería reajustar la opción primera a su propia línea de fuga, ubicándola en el área de una intersección diferente, resultando adecuada la de Derecho *en* la Literatura (dirección Literatura *en* el Derecho).

Por lo demás, deteniéndonos a observar otro de los grandes recorridos que proyecta hacia la intersección Derecho *como* Literatura veremos reproducida una situación relativamente similar a la anterior. Me refiero a la trayectoria seguida por los *narrative law-and-lits*.

[28] White, James Boyd, *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Brown and Company, Little. Boston Mass, 1973 (2ª ed. 1985) y *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, University of Wisconsin Press, Madison, 1985; Fish, Stanley, "Is Here a tex in this Class?", en *Idem*,, *Is Here a text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Harvard University Press, Cambridge Mass. & London, 1980, pp. 303-321, y *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, Durham and London, 1989; Levinson, Saford y Mailloux, Steven, *Interpretating, Law and Literature. A Hermeneutic Reader*, cit.; Douzinas, Costas, Warrington, Ronnie y McVeigh, Shaun (eds.), *Postmodern jurisprudence. The law of text in the texts of law*, Routledge & Kegan Paul, London, 1991; Calvo González, José, *Comunidad Jurídica y Experiencia Interpretativa. (Un modelo de juego intertextual para el Derecho)*, Edit. Ariel, Barcelona, 1992; Berns, Sandra, *Concise Jurisprudence*, The Federation Press, Sydney, 1993; Douzinas, Costas y Warrington, Ronnie, *Justice miscarried. Ethics and aesthetics in law*, Harvester Wheatsheaf, New York, 1994, y Julius, Anthony, "Introduction", en Freeman, Michael y Lewis, Andrew D. E., *Law and Literature. Current Legal Issues*, cit., vol. 2, pp. xixxv. Más en general Minda, Gary, *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*, New York University Press, New York, 1995.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Al hablar de Derecho *como* Narración la pertinente puntualización señalaría en este caso lo siguiente:[29]

(i) Que en términos de comparación Derecho *y* Narración van construidos *como* (*según* o *a modo de*) una alegoría. En Derecho *como* Narración aquello por lo que el Derecho se interesa se da a entender mediante lo que representa o significa Narración.

(ii) Que en términos de comparación Derecho *y* Narración van construidos *como* una ficción (*como si*).

(iii) Que en términos de comparación Derecho *y* Narración van construidos *como* (*en tanto que* o *tal que*) recíprocamente inherentes. En Derecho *como* Narración aquello por lo que el Derecho se interesa se da a entender sin acudir a un tropo o lenguaje figurado, ni a una ficción.

Tomado así, resulta que:

(a) Ante la intersección Derecho *como* Literatura tampoco aquí nos hallamos –*prima facie*– en una reposición de la función instrumental, y que

(b) Su objetivo de *paralelismo* apunta —opcionalmente— sea a la adyacencia, sea a la simetría entre textos jurídicos y creaciones literarias (narrativas).

De las tres puntualizaciones, la primera concierne en su asunto al interés por las tramas narrativas de las historias relatadas entre los diversos operadores (clientes y en general usuarios de la administración de justicia, partes procesales técnico-jurídicas, y jurados y jueces) en la práctica procesal (*courtroom drama*), atendidas de acuerdo a su relevancia persuasiva,[30] pudiendo alcanzar en algún caso a la alegorización narrativa del "gesto judicial" (relato del principio de imparcialidad objetiva y subjetiva)[31] o de determinadas construcciones doctrinales (relato del principio de igual-

[29] Deduzco una parte del argumento en Binder, Guyora y Weisberg, Robert, *Literary Criticisms of law*, Princeton University Press, Princeton. New Jersey, 2000, pp. 201 y ss. y 261 y ss.

[30] Véase Bruner, Jerome, *Making stories: law, literature, life*, Farrar, Straus, and Giroux, New York, 2002 (*La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida*, trad. de Luciano Padilla López, FCE-Argentina, Buenos Aires, 2003), y AA. VV., *How to succeed in the courtroom. The secrets of persuasive storytelling*, Minnesota Continuing Legal Education, St. Paul, Minn. 2006.

[31] Lo que se narra es el relato de la imagen y conducta gestual de los jueces. Véase mi trabajo *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Editorial Ágora, Málaga, 1996 (2ª ed. 2002).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

dad),[32] y desde una versión *passionately* -como la de Cover- también al sistema y aparato de la jurisdicción como *jurispática* (iuris-patética) y a la eficiencia de los relatos fundacionales frente el *nomos* y derechos actuales.[33] La segunda, que de ordinario parte admitiendo las posibilidades de la Literatura *en* el Derecho,[34] añade que al contener las teorías jurídicas un componente narrativo (*Teoría narrativista del Derecho. Narrative Jurisprudente*)[35] cabe analizarlas *como* (*en tanto que* o *tal que*) Literatura, esto es, sosteniendo una "hipótesis estética", pese a que su capacidad explicativa no resulte completa.[36] Así pues, siendo imperfecta la equivalencia entre Derecho *y* Narración —pues en el *paralelismo* de uno con otra aquél mantiene un punto de fuga

[32] Los artículos de Bell, Derrick, "The final report: Harvard's affirmative action allegory" (pp. 2382-2410) y Delgado, Richard, "Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative", (pp. 2411-2441), ambos en *Michigan Law Review*, vol. 87, 1989.

[33] Cover, Robert M., "Nomos and Narrative", *Harvard Law Review*, vol. 97, núm. 4, 1983, pp. 4-68, luego recogido en Minow, Martha, Ryan, Michael y Sarat, Austin (eds.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, The University Michihgan Press, Ann Arbor, Mich., 1993, y parte asimismo de Cover, Robert M., *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial*, trad. y ed. a cargo de Christian Courtis, Edit. Gedisa, Barcelona, 2002 [véase mi recensión en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid) [en adelante *AFD*], XXII, 2005, pp. 445-450]. En la ed. de Minow *et al*. es particularmente interesante el trabajo titulado "The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction", pp. 173-201. Para el área de Derecho Constitucional merece mención el trabajo de LaRue, Lewis Henry, *Constitutional Law as Fiction: Narrative in the Rhetoric of Authority*, Pennsylvania State University Press, University Park. PA., 1995.

[34] Sobre el tratamiento de la dimensión narrativa en el orden de la enseñanza jurídica puede consultarse Elkins, James R., "The Quest for Meaning: Narrative Accounts of Legal Education", *Journal of Legal Education*, vol. 38, 1988, pp. 577-598, y el núm. 40, 1-2 del *Journal of Legal Education*, de 1990 (Pedagogy of Narrative: A Symposium), con trabajos de Elkins, James R., "The Stories We Tell Ourselves in Law", pp. 47-63; McThenia, Andrew W., "Telling a Story About Storytelling", pp. 67-76; Friedrichs, David O., "Narrative Jurisprudence and Other Heresies: Legal Education at the Margin", pp. 3-18, y Batt, John, "Law, Science, and Narrative: Reflections on Brain Science, Electronic Media, Story, and Law Learning", en *Journal of Legal Education*, vol. 40, núm. 3, 1990, pp. 19-46.

[35] Elkins, James R., "Narrative Jurisprudence", *Legal Studies Forum*, vol. 9, 1985, pp. 123-234.

[36] Véase West, Robin, *Narrative, Auhtority, and Law*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, Mich., 1993. Cap. 8: "Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Moder Legal Theory". pp. 345-418, en esp. p. 410: "Tres diferentes inferencias respecto a la forma en que leemos las teorías jurídicas emergen de nuestro análisis sobre tales teorías como narrativa. Primero, si las teorías jurídicas le deben algo a nuestra imaginación literaria no pueden ser completamente entendidas y no deben ser leídas como un puro análisis filosófico. Segundo, si las teorías jurídicas le deben algo a nuestra imaginación literaria no pueden ser debidamente entendidas sólo como un producto de nuestros deseos. Por lo tanto, las teorías jurídicas no deben ser entendidas ni leídas simplemente como una rama de la retórica política. Tercero, debido a que las teorías jurídicas son *en parte* producto de nuestra imaginación literaria deben ser entendidas y leídas *en parte como* arte".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

respecto de ésta— se representa no obstante *como si* no lo fuera. Y está, por último, la tercera puntualización que, en especial sin abandonar el ámbito jurisdiccional[37] (*litigation*), perfila la relación Derecho *y* Narración *como* (*en tanto que* o *tal que*) *Narrative Criticism of Law*. Su preocupación y alcance explicativo se apoya en la naturaleza narrativa inherente a varios institutos procesales (confesión),[38] al razonamiento jurídico y las decisiones judiciales,[39] a la praxis tribunalicia en su conjunto,[40] al discurso e interpretación operativa de los hechos,[41] al razonamiento probatorio,[42] a la verdad judicial,[43] al *iudicium facti*,[44] al precedente judicial,[45] etc., asimismo prolongándola y ex-

[37] Kurzon, Dennis, "How Lawyers Tell Their Tales: Narrative Aspects of a Lawyer's Brief", *Poetics*, vol. 14, 1985, pp. 467-481; O'Barr, William M. y Conley, John M., "Litigant satisfaction versus legal adequacy in small claims court narratives", en Levi, Judith y Walker, Anne Graffam (eds.), *Language in the Judicial Process*, Plenum Press, New York, 1990, pp. 97-131, y Weisberg, Robert, "Proclaiming trials as narratives: premises and pretenses", Brooks, Peter y Gewirtz, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative and rhetoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1994, pp. 75-83.

[38] Brooks, Peter, "Storytelling without fear? Confession in law and literature", Brooks, Peter y Gewirtz, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative an rhetoric in the Law*, cit., pp. 114-134, y *Troubling Confessions: Speaking Guilt in Law and Literature*, University of Chicago Press, Chicago, 2000.

[39] Véanse trabajos de Levinson, Sanford, "The rhetoric of the judicial opinion" (pp. 196-200), Leval, Pierre N., "Judicial opinions as literature" (pp. 206-210), y Balkin, Jack M., "A night in the topics: the reason of legal rhetoric and the rhetoric of legal reason" (pp. 211-224), en Brooks, Peter y Gewirtz, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative and rethoric in the Law*, cit., y Snedaker, Kathryn Holmes, "Storytelling in Opening Statements: Framing the Argumentation of the Trial", *American Journal of Trial Advocacy*, vol. 10, 1986, pp. 15-45 (Recogido también en Papke, David R. (ed.), *Narrative and the Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the Law*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1991, cap. 7).

[40] Aguiar e Silva, Joana, *A prática judiciária entre Direito e Literatura*, Livraria Almedina, Coimbra-Porto, 2001.

[41] Véase Jackson, Bernard S., *Law, fact, and narrative coherence*, Deborah Charles Publications, Merseyside. Liverpool, 1988. También mi trabajo *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, 2da edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1998 [1993].

[42] Véase Jackson, Bernard S., "Narrative Models in Legal Proof", *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. I, núm. 3, 1988, pp. 225-246 [Recogido también en Papke, David R.. (ed.), cit., pp. 158-178]. Asimismo mi trabajo "Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)", *AFD*, XVIII, 2001, pp. 13-33.

[43] Véase mi trabajo "La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo", en *Idem*, (Coord.), *Verdad [Narración] Justicia*, Universidad de Málaga, Málaga, 1998, pp. 7-38. (También publicado en *RIFD*, vol. 1, 1999, pp. 27-54).

[44] Véase mi trabajo "Modelo narrativo del juicio de hecho: *inventio* y *ratiocinatio*", en Zapatero, Virgilio (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, T. II, pp. 93-102.

[45] Mi trabajo "Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)", *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), vol. 33, 1994, pp. 33-43., y Yoshimo,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tendiéndola a otros muchos,[46] todo ello como parte de la tarea de construcción de una *Teoría narrativista del Derecho* (*Narrative Jurisprudente*).

Aquí, y en general para Derecho *como* Literatura, el principal *handicap* sigue estando en el poso de incomprensión —a menudo revestido de superioridad doctrinal— que algún tipo de juristas aún opone a la Literatura, y en la renuencia o resistencia –tantas veces compartida entre todos– a la elaboración interdisciplinaria (*cross-disciplinary*) del conocimiento.

V. Intersección institucional

El Derecho y la Literatura comparten una misma práctica poética. Ella no es otra que la efectiva capacidad de instituir lo social, de hacer pasar de la naturaleza a la cultura, de tipificar actos y procesos de sentido compartido, esto es, institucionalizar *imaginarios sociales*. Desde esa óptica la intersección Derecho *y* Literatura que en el Derecho *con* la Literatura llamo por ese motivo *institucional* aconseja, si no reclama, al menos tres puntualizaciones a fin de constatar:

(i) Que en lo jurídico y lo literario se alojan prácticas sociales instituyentes

(ii) Que esa dualidad instituyente puede aprovechar del préstamo de ciertas formas literarias de los cánones de poética jurídica

(iii) Que, por lo que aquí particularmente nos ocupa en interés a una *Teoría literaria del Derecho*, el propósito es conocer la apropiación por la práctica jurídica institucional de formas arquetípicas de la poética literaria.

Tomado así, resulta que:

(a) La intersección Derecho *con* Literatura no reedita una función instrumental, sea en sentido amplio (v. gr.: el Derecho *de la* Literatura) o estricto (v. gr.: el Derecho *en la* Literatura/la Literatura *en el* Derecho)

Kenji, "Lo Pasado es Prólogo: El Precedente en la Literatura y en el Derecho" *Revista Derecho y Humanidades* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) vol. 8, 2000-2001, pp. 139-173 [trad. de Jorge Edwars, Carlos Franz y Samuel Uribe].

[46] Para un interface derecho, psicología y semiótica Wagenaar, Willem Albert, Van Koppen, Peter J. Y Crombag, Hans F.-M., *Anchored Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*, St. Martin´s Press, New York, 1993. Véanse asimismo otros varios trabajos contenidos en mi libro *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho,* Edit. Ariel, Barcelona, 1996.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

(b) Tampoco reproduce la intersección Derecho *como* Literatura, pues no reincide en paralelos de afinidad mediante estatuto de comparación directa o indirecta

(c) En cualquier caso, es ajena a la transposición o compensación sustitutiva (Derecho *por* o *en lugar de* Literatura)

(d) Los vectores jurídico y literario de la intersección Derecho *con* Literatura se hallan en una relación (Derecho *y* Literatura) de *para*igualdad

De lo anterior y en conjunto, la intersección Derecho *y* Literatura en el Derecho *con* la Literatura introduce una variante nueva, consistente en la apropiación por lo jurídico de la práctica literaria institucional, así pudiendo distinguirse dos modalidades, de acuerdo a la específica circunstancia con que aquélla se ejecute o suceda: *con* traslación (transporte), o *con* trascripción (reproducción). La oportunidad y marco de discusión de esta intersección institucional tienen como referencia los retos planteados a la Ciencia del Derecho por la crisis del paradigma jurídico de la modernidad,[47] y que en Literatura se remontan al desafío de la interacción texto-lector en las escuelas estructuralistas y las teorías del *Textlinguistik*.

Desde luego, a la interrogante de si los juristas han sido *insiders* de la literatura o más bien *out-siders*, podremos hallar respuesta, en el sentido de haber existido precedentes de apropiación de la Literatura por el Derecho, asimismo durante el período en que se originó el actual paradigma en crisis, esto es con el movimiento codificador.[48]

Y, en efecto, fue entonces cuando se produjeron varios fenómenos que, de modo absolutamente genuino y exponencial, ponen en relación Derecho *y* Literatura precisamente haciendo Derecho *con* Literatura. El legislador apareció allí, como nunca antes, en el papel de lector de la escritura social cuya lectura se trasladaría (*scriptor librarius*, o copista) y transcribiría al texto de la ley (de *legere*-leer) también nunca antes como hasta ese momento. El legislador allí, por tanto, como un lector que escribía en una parte lo que estaba escrito en otra, dándolo luego en lectura, pero cuya escritura fijaba de tal manera la comunicación normativa y la transporta a sus destinatarios de un modo tan intenso y penetrante —mucho más que cuando en la Anti-

[47] Acerca de ello Ziolkowski, Theodore, *The Mirror of Justice. Literary Reflections of Legal Crises*, Princeton University Press, Princeton. New Jersey, 1997.

[48] Así se advierte en Alemania durante las discusiones sobre la Codificación, cf. Ziolkowski, Theodore, *German Romanticism and its Institutions*, Princeton University Press, Princeton. New Jersey, 1990, p. 80. Véase asimismo Engell, James, *The Creative Imagination: Enlightenment to Romanticism*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1981. También Ost, François, *Raconter la loi, Aux sources de l´imaginaire juridique*, cit.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

güedad esa incisión se realizaba sobre una superficie encerada mediante un instrumento punzante, el *calamus*— que aquella trascripción al texto físico, al objeto físico *texto*, al *caudex*, esto es la corteza del árbol (*liber libri*), o lo que es igual, al *codex* (la tablilla para escribir), se convertía en *código* o libro escrito del Derecho. Ese poderosísimo proceso de textualización jurídica, representado en la reducción a escritura de todo el Derecho, será asimismo, por excelencia, un proceso de objetivación y ordenación sistemática en el que quedará fuera de la realidad social legible (legal) cualquier derecho no escrito (derecho natural), no inscrito en el *Código*. El Código, el lugar de la escritura del Derecho como lectura de la escritura social daba a leer ésta como escritura jurídica, y a su vez ésta se leía como la escritura de ese texto, que era la del Derecho puesto por escrito.

Por tanto, la institución social de la lectura/escritura, práctica literaria, se transformó —*con* traslación (transporte) y *con* trascripción (reproducción) — a través de esa reducción eurocontinental del Derecho al texto escrito (*positum*) de un Código, en práctica fundacional jurídica, y aún más, hizo de la escritura legal institución formal (la forma del Derecho era su escritura pública), y de su disposición prescripta (pre-*scripta*), el modo de recognoscibilidad social cuya expresión categorical encontraremos en la Constitución, la *Grundnorm*, clausura además del sistema jurídico en su totalidad; cerramiento que, como se sabe, tendrá su corolario gráfico más representativo en la pirámide kelseniana, icono de una teoría de la gradación jerárquica (*Stufentheorie*) útil para describir en imaginal ascenso —reencumbrada hasta una norma hipotética fundamental— o en descenso, el recorrido y la estructura de formación del Derecho válido y la soberanía jurídico-política.

Pero, en todo caso, lo que ahora importa es evidenciar que, incluso si todavía en gran parte mentalmente condicionados por aquella *imaginación jurídica* decimonónica (concepto, metodología y fuentes del Derecho), la deriva de ese modelo de derecho escrito y textualmente formalizado (positivismo jurídico formalista), denunciada ya desde muy temprano como "fetichismo de la ley escrita y codificada" y "culto supersticioso de la voluntad legislativa",[49] nos sitúa hoy, desde hace tiempo,[50] frente a su patente e

[49] Véase Gény, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, A.Chevalier-Maresq et Cie, Paris, 1899, 2ª. ed., LGDJ, Paris, 1919, T. I, § 35 p. 70 y § 60 p. 126. [Puede consultarse ed. reciente, reimp. de la versión española de 1925 (2ª ed.), con Estudio Prel. de José Luis Monereo Pérez, Edit. Comares, Granada, 2000, pp. 53, 100]. Asimismo Husson, León, "Analyse critique de la méthode de l'exégèse", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 17, 1972, pp. 115-133. También recogido en *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, París, 1974, p. 184.

[50] Irti, Natalio, *L'età della decodificazione*, 4ta edición Giuffrè, Milano, 1999[1979], pp. 16 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

irreversible crisis. La constatación más inequívoca es hallarnos de lleno en *el tiempo de la decodificación*. Y es que la figura piramidal del Derecho se ha truncado. El Derecho de la edad posmoderna se refigura desde ya como una pirámide truncada, o por mejor decir, como una meseta, y aún más, como *mil mesetas*.[51]

El emblema posmoderno de esa geografía jurídica *milmesetaria* es la complejidad, y su signo la red.[52] El rizoma,[53] la iconografía de enredadera, implica reformulaciones acerca de la centralidad y estabilidad jurídico-productivas,[54] y acoger las ideas de multiplicidad de centros y movilidad. También el abandono de la incomunicación de categorías y su reemplazo por principios de concurrencia. Este es el desafío que la relación Derecho *y* Literatura[55] debe aceptar y asumir en su intersección Derecho *con* Literatura, renovando críticamente el enfoque de la vieja textualización jurídica a tres niveles: *relectura*, *reescritura* y *oralización* del Derecho.

Y así pues,

1) En la *relectura* (reinterpretación del sentido del texto), comoquiera que los fenómenos de descodificación comportan problemas de comunicabilidad del texto hacia sus destinatarios, se debería recobrar la pragmática de una complejidad donde la legibilidad del código fuera su legética como texto de "derecho que habla a todos",[56] abriendo a una nueva codificación

[51] Véase Deleuze, Gilles y Guatari, Felix, *Mil mesetas*, trad. de José Vázquez Pérez. Edit. Pre-textos, Valencia, 1994 [1980].

[52] Ost, François y Kerchove, Michel van de, "De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?", *Revue Interdisciplinaire d´Etudes juridiques*, vol. 44, 2000, pp. 1-82, y *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Facultes universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002. Asimismo varios de los trabajos contenidos en el núm. 49, 2002 (monográfico "Le Droit en perspectiva interculturelle. Images réfléchies de la pyramide et du réseau"), *Revue Interdisciplinaire d´Etudes juridiques*, destacando: Vanderlinden, Jacques, "Réseaux, pirámide et pluralisme ou Regards sur la reencontré de deux aspirants-paradigmes de la science juridique" (pp. 11-36), y Woodman, Gordon, "Observations sur les limites de la métaphore" (pp. 37-49).

[53] Véase Deleuze, Gilles y Guatari, Felix, *Rizoma: (introducción)* (1976), trad. de Víctor Navarro *et al.*, Edit. Pre-Textos, Valencia, 2005.

[54] Véase Ost, François y Jadot, Benoît, *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1999.

[55] Véase Ost, François, Kerchove, Michel van de, Van Eynde, Laurent y Gerard, Philippe, *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001.

[56] "Esta refundación popular del derecho, esta reconciliación del derecho con el pueblo, podría constituir el punto de partida de una nueva "revolución jurídica" (…) si la complejidad sigue siendo un reto para la convivencia humana, no está claro que la respuesta tenga que ser la de su reducción epistemológica o normativa. Quizás al revés. La forma más eficaz

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

jurídica (refundación o recreación del Derecho) no reductiva ni epistemológica ni normativamente.

2) Respecto a la *reescritura*, idea de una renovada escritura del Derecho, se integra de varias dimensiones, y son:

-La reescritura como aceptación de las transformaciones operadas en la categorización monopolística del poder-autoría de escritura del texto por la pragmática de la multiplicidad concurrencial de otros poderes-autores. Los textos de *legística*[57] y los textos jurisprudenciales han de aparecer situados a un nivel *para*igual de escritura jurídica.[58] Reescritura, en consecuencia, de la teoría de las fuentes del Derecho escrito. Asimismo, la apertura del modelo general de la categorización jurídica también a los aportes de semiología.[59]

-La reescritura del género del autor histórico de la escritura del derecho. El texto de las leyes y el de su aplicación judicial se escribió tradicionalmente desde y para el género masculino. Reescritura, en consecuencia, de un "Derecho para dos".[60]

---

de superar los obstáculos de la complejidad sea la de reconstruir instrumentos de conocimiento, de descripción y de normativización también cada día más complejos (…) un derecho para la vida no puede dejar de nacer sino de la irreductiblemente caótica naturaleza de la misma vida". Cf. Hespanha, Antonio Manuel, "Código y complejidad", in Cappellini, Paolo y Sordi, Bernardo (eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffré, Milano, 2002, pp. 148-163, en esp. p. 162. Veáse también Corsale, Massimo, "La codificazione vista dall'età della decodificazione", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 2, 1993, pp. 423-437.

[57] Véase Pagano, Rodolfo, *Introduzione alla legistica. L´arte di preparare le leggi*, 3ra edición, Giuffrè, Milano, 2001, y bibliografía en pp. 369-408.

[58] Véase la defensa de esta tesis en mi trabajo "Iurisdictio como traducción", en *Revista del Poder Judicial* (Madrid), vol. 39, 1995, pp. 381-387. Asimismo incluido en *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, cit., pp. 107-118, y publicado en versión francesa ("Iurisdictio comme traduction") *EYAIKIA Revue du Centre International de Philosophie et Théorie du Droit* (Atenas), vol. 5-6, 1999), pp. 115-123. Con posterioridad resoluciones judiciales nacionales [*Sentencia Tribunal Supremo* (España), de 13 de febrero 1999 (Centro de Documentación Judicial 1999/386): cuando una decisión jurisprudencial "es declarada formalmente obligatoria (…) desempeña exactamente el mismo papel que la ley")] y de la Corte Europea de Derechos del Hombre [*Arrêt Cantón v. France*, de 15 de novembre 1996, § 26, al sostener que la noción de ley (art. 7 de la Convention) "englobe le droit d´origine tant législative que jurisprudentielle"].

[59] Véase Papaux, Alain, "Un modèle dynamique de catégorisation juridique: *l'encyclopédie* semiotique de U. Eco", *Internacional Journal for the Semiotics of Law*, vol. 17, núm. 1, 2004, pp. 1-25.

[60] Véase Pitch, Tamar, *Un derecho para Dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad* (1998), trad. de Cristina García Pascual, Edit. Trotta, Madrid, 2003. Asimismo Berns, Sandra, *To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power*, Ashgate Publishing Co., Aldershot, 1999 y recensión de Monereo Atienza, Cristina *AFD*, Vol XX, 2003, pp. 327-335.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

-La reescritura, por último, como operación material. Las modificaciones de la escritura de los textos producidas con la evolución de la tecnología escritorial han originado importantes consecuencias en la historia de la escritura del Derecho, así en orden jurídico-político (estabilidad de los imperios y el desarrollo de la burocracia), como también para la dominancia hegemónica de un cierto modelo de Derecho (el puesto por escrito en un Código) durante la presencia colonial de potencias europeas, y tras ella, en territorios no occidentales.[61] En la actualidad, la informática interviene en el proceso de escritura de los textos jurídicos generando con el procedimiento de la escritura digital, por influencia epistemológica global y naturaleza virtual de la visibilidad de todo el derecho escrito (positivo), una renovada comprensión de los agentes y funciones codificadoras.[62]

3) Finalmente, en cuanto a *oralización*, su concepto invierte la tradicional relación con el texto cuyo presupuesto era la escritura como ortofonía de la palabra oral. Ahora se trata de la oralización de la palabra escrita. El alcance de este replanteamiento, tanto sea en alteración como en alternativa al modelo de "escriturismo" jurídico, permite descubrir y consignar igualmente diversas manifestaciones:

- La que muestra el tránsito a la oralización de la escritura jurídica, y por tanto un acortamiento de la distancia entre derecho escrito y derecho oral, en las reformas de las leyes procedimentales del sistema de justicia penal y administrativa, con rehabilitación de las habilidades y competencias retóricas y técnicas de litigación adversarial entre las representaciones y defensas técnico-jurídicas participantes en la sustanciación de procedimientos judiciales y, en general, en el conjunto de tareas

[61] Véase Goody, Jack, *Entre l'oralité et l'écriture*, PUF, Paris, 1994, p. 11, y Martin, Henri-Jean, *Historia y poderes de lo escrito*, trad. de Emiliano Fernández Prado- Ana Rodríguez Navarro, Eds. Trea, Gijón, 1999. Capítulo III. La palabra y la letra. 1. La escritura del derecho: la costumbre y la ley. También Starr, June, *Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice*, State University of New York Press, Albany. New York, 1992, o Messick, Brinkley M., *The Calligraphic State: Textual Domination and History in a Muslim Society*, University of California Press, Berkeley- Los Ángeles, 1993, y "L'écriture en procès: les récits d'un meurtre dévant un tribunal shar'î", *Droit et Société*, vol. 39, 1998, pp. 337-256.

[62] Véase Bourcier, Danièle y Mackay, Pierre, *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, Paris, 1992; Thomasset, Claude, *et al.* (dir.), *Le droit saisi par l'ordinateur*, Éditions Blais, Cowansville, 1993; Bourcier, Danièle y Thomasset, Claude (dir.), *L'écriture du droit face aux technologies de l'information*, Romillat, Paris, 1996; Bourcier, Danièle ; Hassett, Patricia t Roquilly, Christophe (dir.) *Droit et Intelligence artificielle. Une révolution de la connaissance juridique*, Paris, Romillat, 2000 y Bourcier, Danièle, *Inteligencia artificial y Derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2003.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

jurídicas relacionadas con la impartición de la Justicia.[63] Esta tendencia a la oralidad frente al procedimiento escrito, es decir, a sustituir los enjuiciamientos escritos por los juicios públicos orales, es prácticamente global, remonta significativamente al pensamiento ilustrado -(v. gr: Voltaire, *Histoire d´Élisabeth Canning et de Calas*, 1762), y otros como Filangieri, Romagnosi, Pagano y Bentham)- que lo vinculó a los principios de publicidad, inmediatez y transparencia procesal. Significativo es también que por la codificación napoleónica de 1808 se renunciara a esa herencia revolucionaria (Decretos de 1789 y 1791), introduciendo entonces el modelo de procedimiento mixto, es decir, de instrucción escrita y juicio oral en plenario.

- La que contempla los fenómenos relacionados con la oralización dentro de la problemática del análisis del lenguaje jurídico,[64] volcándola sobre la redacción lingüística de productos legislativos[65] y, particularmente, en la escritura de las resoluciones que ponen fin al proceso. Es lo conocido como proyecto "Lenguaje llano" ("*Plain Language*").[66] En ello,

[63] Véase Pereda, Carlos, "Sobre retórica", en Herrera Lima, María (ed.), *Teorías de la interpretación. Ensayos sobre filosofía, arte y literatura*, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM-Paidós, México, 1998, pp. 103-124, y Pérez Vázquez, Carlos, "Derecho y Literatura", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (Instituto Tecnológico Autónomo de México. México), núm. 24, 2006, pp. 135-153, en esp. pp. 144 y ss., y 149-152.

[64] Véase Goodrich, Peter, "The Role of Linguistics in Legal Analysis", *Modern Law Review*, vol. 47, núm. 5 1984, pp. 523-534; Gopen, George D., "The State of Legal Writing: Res Ipsa Loquitur", *Michigan Law Review*, vol. 86, núm. 2, 1987, pp. 333-380, y Solan, Lawrence M., *The language of Judges*, University of Chicago Press, Chicago, 1993, pp. 93-117, y "Judicial Decisions and Linguistic Analysis: Is There a Linguist in the Court?", *Washington University Law Journal*, vol. 73, 1995, pp. 1069–1083.

[65] Véase Barnes, Jeffrey, "The Continuing Debate About 'Plain Language' Legislation: A Law Reform Conundrum", *Statute Law Review*, vol. 27, núm. 2, 2006, pp. 83-132.

[66] Véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht- Boston- London, 1998; y Malem Seña, Jorge, "El lenguaje de las sentencias", *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 7, 2006, pp. 47-63. La sensibilidad y preocupación ante el lenguaje alambicado y el empleo de "palabras reliquia" (latines) es antigua: "Abramos una colección de sentencias y, sin mucho espigar, encontraremos giros barrocos, arcaísmos, defectuosa sintaxis, participios y gerundios sin tasa, repeticiones de los mismos pronombres en la misma línea, cacofonía en "entes" y en "ción" que resuenan a timbal de parche roto. Si ahora leemos escritos de demanda o contestación, la suerte tampoco nos será propicia: algunas veces pobreza de léxico, reiteración de terminologías; otras, las más, atentados a las reglas gramaticales con olvido de las funciones de adverbios, adjetivos y pronombres, con errores en el uso de verbos irregulares y hasta de los regulares, barbarismos y solecismos que tanto afean el decir y el escribir. En documentos públicos y oficiales, dictámenes y actos administrativos, sucede algo análogo", Agúndez, Antonio, "Formación literaria del jurista", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), CXIX, 228, vol. 1, 1970, pp. 173-193, en esp. pp. 177-178.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

además, se hace fácil advertir la enorme distancia que media entre este punto de intersección y el correspondiente (Derecho *como* Literatura) a las reflexiones de Cardozo en su citado *Law and Literatura*, tan cercanas a un preceptiva literaria del derecho, donde se aducen proximidades y aproximaciones de la construcción del discurso forense o literario.

-La que mediante la metáfora de la "traducción" se interesa por el proceso de oralización del derecho escrito protagonizado por el abogado como figura medial entre diferentes lenguajes; pasa el mensaje desde un lenguaje extra-legal y/o jurídico (del cliente o patrocinado) a uno lenguaje legal y/o jurídico (judicial), y nuevamente al lenguaje extra-legal y/o jurídico (del cliente o patrocinado).[67]

-Finalmente, la que con base en el enfoque narrativo del derecho (*ex fabula oritur ius*)[68] aporta en la metáfora literaria del *rapsoda* (de *rhaptein* o coser, y *oide*, canto, poesía)[69] razón de la tendencia contemporánea a la forma oral de organización y transmisión del pensamiento. La "rapsodia" palia la futilidad del texto jurídico escrito, cuya vertiginosa urgencia (paroxismo normativo, *fast law*) e inflacionaria proliferación productiva ("legislación motorizada")[70] tanto origina archipiélagos textuales como una continua pérdida de fuerza preformativa. Frente al declive del paradigma jurídico-político aún vigente (derecho escrito y voluntad soberana) el jurista-*rapsoda* construiría el Derecho entretejiendo y trenzando (intérpretes-*rapsodas*) los relatos de la tradición jurídica a la búsqueda de potenciar la cualidad y cantidad de posibles relaciones. Hereda y renueva pues esta dirección postulados de la *Rezeptionsästhetik* y *Textlinguistik* aprovechando la hibridación oralidad-escritura presente en dispositivos lógicos paratácticos de algunos conceptos jurídicos (inde-

[67] Véase White, James Boyd, *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, The University of Chicago Press, Chicago, 1990.

[68] Ost, François, "Le droir au miroir de la littérature", *Idem*,, *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, cit., p. 9.

[69] Véase Vogliotti, Máximo, "La rhapsodie: fécondité d´une métaphore littéraire pour repensar l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal", en *Revue interdisciplinaire d´études juridique*, vol. 46, 2001, pp. 141-187, y "De l´*autour* au "*rhapsode*" pu le retour de ´oralité dans le droit cintemporaine", en *Revue interdisciplinaire d´études juridique*, vol. 50, 2003, pp. 81-137.

[70] Véase también Gérard, Philippe, Ost, François y Kerchove, Michel van de (dirs.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000, y Menéndez Menéndez, Aurelio (dir.) y Pau Pedrón, Antonio (dir. adj.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003), Edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

terminación, borrosidad, flexibilidad, ductilidad, razonabilidad, "soft", etc.) cada vez más habituales.

Vale añadir que, en su conjunto, la relación Derecho *y* Literatura en su intersección Derecho *con* Literatura, planteada y propuesta a partir de la acumulación y combinación de cada uno de los indicados niveles de *Relectura, Reescritura, Oralidad*, representa posiblemente el más idóneo enfoque para llevar a cabo un control eficiente de la diversificación reticular cuyas irrevocables fuerzas centrífugas degenerarían en destrucción de la idea de orden jurídico. En general también esta opción supone una decidida ruptura epistemológica y profunda re-alfabetización jurídica.

VI. Mirador al jardín

Al interior de los muros de defensa en la fortaleza de La Alambra (Granada, España) hay escritos en tacas, pórticos, fuentes y arcos de miradores composiciones epigráficas de varios poetas. Uno de ellos, Ibn Zamrak [1333-1393] acomodó la que puede leerse en la Sala de las Dos Hermanas, de cuyas estrofas extraigo estos versos: "Jamás vimos jardín más floreciente,/ de cosecha más dulce y más aroma".

La hermandad Derecho *y* Literatura es una constante en el pensamiento jurídico. Recorre transversalmente la mejor inquietud intelectual por la idea de cultura del Derecho y la más fecunda inspiración de las creaciones literarias. Confraternidad estética y crítica.

Otro poema, labrado en el alfiz del arco de entrada a la terraza de Daraxa, contiene en uno de sus versos la profecía del sentido. Dice: "Cada una de las artes me ha enriquecido con su especial belleza y dotado de su esplendor y perfecciones", y al instante la mirada del observador se regala de una certidumbre: "No estoy solo, pues desde aquí contemplo un jardín admirable".

VII. Bibliografía

AA.VV., *How to succeed in the courtroom. The secrets of persuasive storytelling, Minnesota Continuing Legal Education*, St. Paul, Minn. 2006.

Aguiar e Silva, Joana, *A prática judiciária entre Direito e Literatura*, Livraria Almedina, Coimbra-Porto, 2001.

Agúndez, Antonio, "Formación literaria del jurista", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), vol. CXIX, 228, núm. 1, 1970.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ALAMILLO SANZ, Fernando J., *La Administración de Justicia en el clásicos españoles. De los jueces, escribanos, alguaciles, cuadrilleros, corchetes, procuradores, pícaros, presidiarios y otras gentes de mal vivir*, Civitas, Madrid, 1996.

ALMOG, Shulamit, "Literature Alongside Law as a Contemporary Paradigm", en *Cultural Dynamics*, vol. 13, núm. 1, 2001.

ALPA, Guido, "Law & Literature: Un inventario di questioni", *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, II, 1997.

ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht- Boston- London, 1998.

BACCHILEGA, Cristina, *Postmodern fairy tales. Gender and narrative strategies*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1997.

BALL, Milner, "The Future of Law and Literature: Convocations and Conversations", *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 10, núm. 2, 1998.

BALKIN, Jack M., "A night in the topics: the reason of legal rhetoric and the rhetoric of legal reason", en Brooks, Peter y Gewirtz, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative and rethoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1994.

BANDES, Susan, "Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements", *University of Chicago Law Review*, vol. 63, 1996.

BARNES, Jeffrey, "The Continuing Debate About 'Plain Language' Legislation: A Law Reform Conundrum", en *Statute Law Review*, vol. 27, núm. 2, 2006.

BARON, Jane B., "Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity", en *Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 5, 1999, pp. 1059-1085.

BATT, John, "Law, Science, and Narrative: Reflections on Brain Science, Electronic Media, Story, and Law Learning", en *Journal of Legal Education*, vol. 40, núm. 3, 1990.

BELL, Derrick, "The final report: Harvard's affirmative action allegory", en *Michigan Law Review*, vol. 87, 1989.

BERNS, Sandra, *Concise Jurisprudence*, The Federation Press, Sydney, 1993.

_____, *To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power*, Ashgate Publishing Co., Aldershot, 1999.

BINDER, Guyora y WEISBERG, Robert, *Literary Criticisms of law*, Princeton University Press, Princeton. New Jersey, 2000.

BREEN, Jon L., *Novels Veredicts: A Guide to Courtroom Fiction*, Scarecrow Press, Metuchen (N.J.), 1984.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

BOURCIER, Danièle, *Inteligencia artificial y Derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2003.

BOURCIER, Danièle y MACKAY, Pierre, *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, Paris, 1992.

BOURCIER, Danièle y THOMASSET, Claude (dir.), *L'écriture du droit face aux technologies de l'information*, Romillat, Paris, 1996.

BOURCIER, Danièle ; HASSETT, Patricia y ROQUILLY, Christophe (dir.) *Droit et Intelligence artificielle. Une révolution de la connaissance juridique*, Paris, Romillat, 2000.

BROOK, Thomas, *Cross-Examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, Cambridge University Press, New York, 1987.

BROOKS, Peter, "Storytelling without fear? Confession in law and literature", en Brooks, Peter y Gewirtz, Paul, *Law's Stories. Narrative and rhetoric in the Law*.

_____, *Troubling Confessions: Speaking Guilt in Law and Literature*, University of Chicago Press, Chicago, 2000.

BROOKS, Peter y GEWIRTZ, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative and rhetoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1994.

BRUNER, Jerome, *Making stories: law, literature, life*, New York, 2002 (*La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida* [trad. de Luciano Padilla López] FCE-Argentina, Buenos Aires, 2003).

CALSAMIGLIA, Albert, *Introducción a la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1988.

CALVO GONZÁLEZ, José, Prólogo a Vera Delgado, Ana y García Reche, Gregorio, , *Repertorio de Libros Antiguos en el que se recogen las obras publicadas con anterioridad a 1801 que están en la Facultad de Derecho*, Universidad de Málaga– Facultad de Derecho, 1990.

_____, "Notas sobre literatura jurídica y juristas sevillanos del s. XVII: Juan de Ayllón Laynez", *Archivo Hispalense* (Sevilla), vol. 225, 1991, pp. 233-238.

_____, *Comunidad Jurídica y Experiencia Interpretativa*. (Un modelo de juego intertextual para el Derecho), Edit. Ariel, Barcelona, 1992.

_____, *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Edit. Tecnos, Madrid, 1993 (2ª ed. 1998).

_____, "Notas sobre literatura jurídica y juristas malagueños del s. XVII: Francisco de Amaya", *Revista de Estudios Antequeranos*, (Antequera. Málaga), vol. 2, 1994, pp. 359-371.

_____, "Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)", en *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), vol. 33, 1994.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "Iurisdictio como traducción", *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), vol. 39 1995, pp. 381-387. [Asimismo incluido en Calvo González, José, *Derecho y Narración*, 1996].

_____, *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996.

_____, *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces,* Editorial Ágora, Málaga, 2002 [1996].

_____, "La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo", en Calvo González, José (Coord.) 1998, pp. 7-38. (También publicado en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* [en adelante *RIFD*], vol. 1, 1999).

_____, "Iurisdictio comme traduction", *Revue du Centre International de Philosophie et Théorie du Droi*t (Atenas), vol. 5-6, 1999.

_____, "Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)", *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid) [en adelante AFD], vol. XVIII 2001.

_____, "Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio", en Zapatero, Virgilio (ed.) *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel,* Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, T. II.

_____, *El Cante por Derecho. Las "Carceleras" y el krausofloclorismo andaluz.* (Un estudio de Etnología jurídica y Filosofía Penal), Ilustraciones de Eugenio Chicano, Ayuntamiento de Málaga, Área de Cultura, Málaga, 2003.

_____, "Naturalismo y direcciones criminológicas a finales del siglo XIX en España", en *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, vol. 12,. 2003.

_____, "El derecho escrito. Lectores, lecturas, leyes, lecciones", Presentación a *El derecho escrito. La cultura del libro e impresos jurídicos en las colecciones privadas malagueñas.* Siglos XVI-XIX (3 de febrero-18 de marzo 2005), Cedma, Málaga, 2005.

_____, "Medio rural y Justicia. Literatura social-reformista en España, 1914-1925", en Cunha Paolo Ferreira da (Coord.) *Direito Natural, Justiça e Política*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, vol. I.

_____, Recensión a Cover, Robert M., Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial en *AFD*, vol. XXII, 2005.

CALVO GONZÁLEZ, José (Coord.) *Verdad [Narración] Justicia*, Universidad de Málaga, Málaga, 1998.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CAPPELLINI, Paolo y SORDI, Bernardo (eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffré, Milano, 2002.

CARDOZO, Benjamin N., "Law and Literature", *Yale Law Review*, vol. 14, 1925.

_____, *Law and Literature, and Other Essays and Addresses*, Harcourt, Brace & Co., New York, 1931.

_____, "Law and Literature", en Hall, Margaret E. (ed.) *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Co., New York, 1947.

_____, "Law and Literature", en Hall, Margaret E. (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*,con Pref. de Edwin W. Patterson, Matthew Bender, Albany. New York, 1967 [Reimp. Facs. 1980].

CARRERAS JIMÉNEZ, Mercedes, "Derecho y Literatura", *Persona y Derecho*, vol. 34, 199).

CARTA, Paolo, *Il poeta e la polis. Colpa e responsabilità* en Wystan H. Auden, CEDAM, Padova, 2003.

CORSALE, Massimo, "La codificazione vista dall'età della decodificazione", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 2, 1993.

COVER, Robert M., "Nomos and Narrative", *Harvard Law Review*, vol. 97, núm. 4, 1983. [También recogido en Minow, Martha; Ryan, Michael y Sarat, Austin (eds.) *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover,* The University Michihgan Press, Ann Arbor, Mich., 1993].

_____, "The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction", e Minow, Martha– Ryan, Michael– Sarat, Austin (eds.) *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover,* The University Michihgan Press, Ann Arbor, Mich., 1993.

_____, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial,* trad. y ed. a cargo de Christian Courtis, Edit. Gedisa, Barcelona, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da, "La poésie, signe juridico-politique: l'exemple de l'Al-Andalus Lusitanien. Essais de lecture", en Cunha, Paulo Ferreira da, *Le Droit et les Sens,* 2000.

_____, *Le Droit et les Sens*, L' Atelier de l' Archer, Paris-Orléans, 2000.

CUNHA PAOLO FERREIRA DA (Coord.), *Direito Natural, Justiça e Política* (IIº Coloquio del Instituto Jurídico Interdisciplinar. Faculdade de Direito da Universidade do Porto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 2 vols.

DANOVI, Remo, *Tra fantasia e Diritto. List of Novel*, Giuffrè, Milano, 2004.

DELEUZE, Gilles y GUATARI, Felix, *Mil mesetas* (1980), trad. de José Vázquez Pérez. Edit. Pre-textos, Valencia, 1994.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *Rizoma*: (introducción) (1976), trad. de Víctor Navarro *et al.*, Edit. Pre-Textos, Valencia, 2005.

DELGADO, Richard, "Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative", *Michigan Law Review*, vol. 87, 1989.

DIMOCK, Wai Chee, *Residues of Justice. Literature, Law, Philosophy*, University of California Press, Berkeley- Los Angeles CA, 1996.

DOLIN, Kieran, *Fiction and the Law: Legal Discourse in Victorian and Modernist Literature*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

DOUZINAS, Costas; WARRINGTON, Ronnie y MCVEIGH, Shaun (eds.), *Postmodern jurisprudence. The law of text in the texts of law,* Routledge & Kegan Paul, London, 1991.

DOUZINAS, Costas y WARRINGTON, Ronnie, *Justice miscarried. Ethics and aesthetics in law,* Harvester Wheatsheaf, New York, 1994.

DWORKIN, Ronald, "Law as Interpretation", *Critical Inquiry,* vol. 9, 1982-1983. [Reimp. como "How is Law like Literature", en Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985. Trad. de José Manuel Pombo Abondano "Cómo el derecho se parece a la literatura", en Rodríguez, César (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de Los Andes- Siglo del Hombre Editores, Santa Fe de Bogotá (Colombia), 1997].

_____, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

_____, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986. [Trad. de Claudia Ferrari, *El Imperio de la ley*, Edit. Gedisa, Barcelona, 1992].

_____, "Narrative Jurisprudence", *Legal Studies Forum*, vol. 9, 1985.

_____, "The Quest for Meaning: Narrative Accounts of Legal Education", *Journal of Legal Education*, vol. 38, 1988.

_____, "The Stories We Tell Ourselves in Law", *Journal of Legal Education*, vol. 40, núm. 1-2, 1990, (Pedagogy of Narrative: A Symposium).

ELKINS, James R. (ed.), "Off the Record: An Anthology of Poetry by Lawyers", *Legal Studies Forum,* vol. 28, núm. 1-2, 2004 [Special Issue].

ELMAN, Philip (ed.), *Of Law and Men: Pappers and Addresses of Felix Frankfurter*, 1939-1956, Brace and Company, New York: Harcourt, 1956.

ENGELL, James, *The Creative Imagination: Enlightenment to Romanticism,* Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1981.

FEHR, Hans, *Kunst und Recht. Festgabe für Hans Fehr*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1948, 3 t.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

FERGUSON, Robert A., *Law and Letter in American Culture*, Harvard University Press, Cambridge, 1984.

FINA Sanglas, Albert, *Justicia y Literatura*, Bosch, Barcelona, 1993.

FISH, Stanley, "Is Here a text in this Class?", en Fish, Stanley, *Is Here a text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Harvard University Press, Cambridge Mass. & London, 1980.

_____, *Is Here a text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Harvard University Press, Cambridge Mass. & London, 1980.

_____, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, Durham and London, 1989.

FISHER, John, "Reading Literature/Reading Law: Is There a Literary Jurisprudence?", *Texas Law Review*, vol. 72, 1993.

FRANCE, Anatole, Crainquebille, Putois, *Riquet y otros relatos edificantes,* trad. de Luis Ruiz Contreras, Imp. A. Marzo, Madrid, 1908.

FRANK, Sally, "Eve Was Right to Eat the 'Apple': The Importance of Narrative in the Art of Lawyering", *Yale Journal of Law and Femenism*, vol. 8, núm. 1, 1996.

FRANKFURTER, Felix, "Felix Frankfurter" (Felix Frankfurter: "Advice to a Young Man Interested in Going into Law", en London, Ephraim (ed.) *The World of Law: The Law in Literature*, Simon and Schuster, New York, 1960.

FREEMAN, Michael y LEWIS, Andrew D. E. (eds.), *Law in Literature. Current Legal Issues*, Oxford University Press, London-New York, 1999, 2 vols.

FRIEDRICHS, David O., "Narrative Jurisprudence and Other Heresies: Legal Education at the Margin", *Journal of Legal Education*, vol. 40, núm. 1-2, 1990 (Pedagogy of Narrative: A Symposium).

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003.

GARCÍA GALLO, Alfonso, *Historia del Derecho español*, Artes Graficas y Ediciones, Madrid, 1943 (3ª ed.).

GARCÍA OVIEDO, Carlos, "Ideas jurídico-penales contenidas en el Romancero español", *Revista del Centro de Estudios Histórico de Granada y su Reino*, 1912.

GEMMETTE, Elizabeth Villiers (ed.), *Law in Literature*. Legal Themes in Short Stories, Praeger Publishers, New York, 1992.

_____, *Law in Literature: Legal Themes in Drama*, Whitson Pub. Co., Troy. New York, 1995.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *Law in literature: legal themes in Novellas*, Whitson Pub. Co., Troy. New York, 1996.

_____, *Law in Literature: An Annotated Bibliography of Law-Related Works*, Whitston Publishing Co., Troy. New York, 1998.

GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* A. Chevalier-Maresq et Cie, Paris, 1899, 2ª. ed., LGDJ, Paris, 1919, 2 t. [Reimp. de la versión española de 1925 (2ª ed.), con Estudio Prel. de Monereo Pérez, José Luis, Comares, Granada, 2000].

GÉRARD, Philippe ; Ost, François y Kerchove, Michel van de (dirs.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000.

GILLIGAN, Carol, *In a Different Voice: Essays on Psychological Theory and Women's Development,* Harvard University Press, Cambridge, 1982.

GOODY, Jack, *Entre l'oralité et l'écriture*, PUF, Paris, 1994

GOLDSTEIN, Anne B., *Law and literature: representing lesbians*, University of Texas at Austin, School of Law Publications, Austin. Texas, 1992.

GOODRICH, Peter, "The Role of Linguistics in Legal Analysis", *Modern Law Review*, vol. 47, núm. 5, 1984.

_____, "Erotic Melancholia: Law, Literature, and Love", *Law & Literatura*, vol. 14 2002.

GOPEN, George D., "The State of Legal Writing: Res Ipsa Loquitur", *Michigan Law Review*, vol. 86, núm. 2, 1987.

GRIMM, Jacob, "Von der Poesie im Recht", *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft,* vol. II, 1816.

GRZYBOWSKI, Kazimier, Recensión a Elegantiae Juris Criminalis, *American Journal of Comparative Law*, vol. 3, núm. 4, 1954.

HÄBERLE, Peter, *Das Grundgesetz der Literaten. Der Verfassungsstaat im (Zerr?) Spiegel der Schönen Literatur*, Illustrationen von Bernd Burkhard, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1983.

HÄBERLE, Peter y LÓPEZ BOFILL, Héctor, *Poesía y derecho constitucional: una conversación*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, 2004.

HALL, Margaret E. (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Co., New York, 1947.

HANAFIN, Patrick, "Introduction: On Writing: Law and Literature", en Hanafin, Patrick *et al. Law and Literature*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004.

HANAFIN, Patrick *et al., Law and Literature*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

HEALD, Paul J., *A Guide to Law and Literature for Teachers,* Students, and Researchers, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina. Carolina, 1998.

_____, "Introduction. Law and Literature as Ethical Discourse", en Heald, Paul J. (ed.) *Literature & Legal Problem Solving: Law and Literature as Ethical Discourse,* Carolina Academic Press, Durham, North Carolina. Carolina, 1998.

HEALD, Paul J. (ed.), *Literature & Legal Problem Solving: Law and Literature as Ethical Discourse,* Carolina Academic Press, Durham, North Carolina. Carolina 1998.

HEILBURN, Carolyn y RESNIK, Judith, "Convergences: Law, Literature and Feminism", *Beyond Portia: Women, Law, and Literature in the United States*, Northeastern University Press, Boston, 1997.

HEINZELMAN, Susan Sage y WISEMAN, Zipporah, *Representing women: law, literature, and feminism,* Duke University Press, Durham, 1990.

HENBERG, Marvin, *Retribution: evil for evil in ethics, law, and literature*, Temple University Press, Philadelphia. Pa., 1990.

HERRERA LIMA, María (ed.), *Teorías de la interpretación. Ensayos sobre filosofía, arte y literatura*, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM- Paidós, México, 1998.

HESPANHA, Antonio Manuel, "Código y complejidad", Cappellini, Paolo– Sordi, Bernardo (eds.) *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffré, Milano, 2002.

HINZ, Evelyn J.; ANDERSON, Trebor y MCGILLIVRAY, Anne (eds.), *Adversaria. Literature and Law*, University of Manitoba- Winnpeg, Manitoba, 1994.

HOLDSWORTH, William Searle, *Sources and literature of English law*, with a foreword by Justice Atkin, Claredon Press, Oxford, 1925.

HUSSON, León, "Analyse critique de la méthode de l'exégèse", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 17, 1972.

_____, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, París, 1974

IRTI, Natalio, *L'età della decodificazione*, 4ta. ed., Giuffrè, Milano, 1999 [1979].

JACKSON, Bernard S., *Law, fact, and narrative coherence*, Deborah Charles Publications, Merseyside. Liverpool, 1988.

_____, "Narrative Models in Legal Proof", *International Journal for the Semiotics of Law,* vol. 1., núm. 2, 1988. [Recogido también en Papke, David R.. (ed.) *Narrative and Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the Law*, Deborah Charles Publications, Livepool, 1991].

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

JOHNSON, Barbara, "Anthropomorphism in Lyric and Law", *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 10, 1998.

JULIUS, Anthony, "Introduction", en Freeman, Michael– Lewis, Andrew D. E., *Law in Literature. Current Legal Issues*, Oxford University Press, London-New York, 1999, vol. 2, pp. xi-xxv.

KRETSCHMAN, Karen L., *Legal Novels: An Annotated Bibliography*, University of Texas, Austin, 1979.

KURZON, Dennis, "How Lawyers Tell Their Tales: Narrative Aspects of a Lawyer's Brief", *Poetics*, vol. 14, 1985.

LANSKY, Ralph, *Grundliteratur Recht*, C.H. Beck, München, 1978, 2 vols.

LARRAÑAGA, Eduardo, *Derecho y literatura*, Universidad Autónoma Metropolitana (Azcapotzalco), División de Ciencias Sociales y Humanidades, México, 1987.

LARUE, Lewis Henry, *Constitutional Law as Fiction: Narrative in the Rhetoric of Authority*, Pennsylvania State University Press, University Park. PA., 1995.

LEDWON, Lenora (ed.), *Law and Literature: Text and Theory*, Garland Publishing, New York, 1995.

LEVAL, Pierre N., "Judicial opinions as literature", en Brooks, Peter y Gewirtz, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative and rethoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1994.

LEVI, Judith núm. y WALKER, Anne Graffam (eds.), *Language in the Judicial Process*, Plenum Press, New York, 1990.

LEVINSON, Sanford, "The rhetoric of the judicial opinion", en Brooks, Peter– Gewirtz, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative and rethoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1994.

_____, "Some (Brief) Reflections About Law and Literature", *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 10, núm. 2, 998.

LEVINSON, Sanford y MAILLOUX, Seven (eds.), *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*, Northwestern University Press, Evaston, 1988.

SNEDAKER, Kathryn Holmes, "Storytelling in Opening Statements: Framing the Argumentation of the Trial", *American Journal of Trial Advocacy*, vol. 10, 1986. [Recogido también en Papke, David R. (ed.), *Narrative and Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the Law*, Deborah Charles Publications, Livepool, 1991].

LINDQUIST, Stefanie A. y CROSS, Frank B., "Empirical Testing Dworkin's Chain Novel theory: studying the paths of precedent", *New York University Law Review*, vol. 80, 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

LONDON, Ephraim, *The World of Law: The Law in Literature*, Simon and Schuster, New York, 1960.

MALAURIE, Philippe, *Droit et Littérature. Une anthologie*, Edition Cujas, Paris, 1997.

MALEM SEÑA, Jorge, "El lenguaje de las sentencias", *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 7, 2006.

MARÍ, Enrique E., "Derecho y Literatura. Algo de lo que se puede hablar pero en voz baja", Doxa, vol. 21, núm. 2, 1998.

MARTIN, Henri-Jean, *Historia y poderes de lo escrito*, trad. de Emiliano Fernández Prado- Ana Rodríguez Navarro, Eds. Trea, Gijón, 1999.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, Edit. Debate, Madrid, 1992.

McThenia, Andrew W., "Telling a Story About Storytelling", *Journal of Legal Education*, vol. 40, núm. 1-2, 1990 (Pedagogy of Narrative: A Symposium).

MELANIE, Williams, *Empty Justice: One Hundred Years of Law, Literature and Philosophy*, Cavendish Publishing Ltd., London, 2002.

MENÉNDEZ Menéndez, Aurelio y PAU PEDRÓN, Antonio (dir./dir. adj.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003), Edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

MESSICK, Brinkley M., *The Calligraphic State: Textual Domination and History in a Muslim Society*, University of California Press, Berkeley- Los Ángeles, 1993.

_____, "L'écriture en procès: les récits d'un meurtre dévant un tribunal shar'î", *Droit et Société*, vol. 39, 1998.

MEYER, Michael, *Literature and law*, Rodopi, Amsterdam, 2004.

MINDA, Gary, *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*, New York University Press, New York, 1995.

MINOW, Martha; RYAN, Michael y SARAT, Austin (eds.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, The University Michihgan Press, Ann Arbor, Mich., 1993.

MONEREO ATIENZA, Cristina, "Recensión a Berns, Sandra, To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power", *AFD*, vol. XX, 2003.

MORAWETZ, Thomas, "Ethics and Style: The Lessons of Literature for Law", *Stanford Law Review*, vol. 45, 1993.

MORISON, John y BELL, Christine (eds.), *Tall Stories? Reading Law and Literature*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot 1996.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

MYRSIADES, Kostas y MYRSIADES, Linda (eds.), *Un-disciplining literature. Literature, Law, and Culture,* Peter Lang, cop., New York, 1999.

NELSON, William E. y REID, John Phillip, *The Literature of American legal history*, Oceana, New York, 1985.

NUSSBAUM, Martha, *Justicia Poética: La imaginación literaria y la vida pública*, trad. de Carlos Gardini, Edit. Andrés Bello, Barcelona, 1997.

O'BARR, William M. Y CONLEY, John M., "Litigant satisfaction versus legal adequacy in small claims court narratives", en Levi, Judith N.– Walker, Anne Graffam (eds.), *Language in the Judicial Process*, Plenum Press, New York, 1990.

OSSORIO MORALES Juan, *Derecho y Literatura*, Universidad, Granada, 1949 [Ahora en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, vol. 6, 2003].

OST, François, "Le droit au miroir de la littérature", en Ost, François y Kerchove, Michel van de– Van Eynde, Laurent– Gerard, Philippe, *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001.

_____, *Raconter la loi, Aux sources de l´imaginaire juridique*, Odile Jacob, Paris, 2004.

OST, François y JADOT, Benoît, *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1999.

OST, François y KERCHOVE, Michel van de, "De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?", *Revue Interdisciplinaire d´Etudes juridiques*, vol. 44 2000.

_____, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Facultes universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

OST, François ; KERCHOVE, Michel van de ; VAN EYNDE, Laurent y GERARD, Philippe, *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001.

PAGANO, Rodolfo, *Introduzione alla legistica. L´arte di preparare le leggi*, Giuffrè, Milano, 2001 (2ª ed.).

PAPAUX, Alain, "Un modèle dynamique de catégorisation juridique: l'encyclopédie semiotique de U. Eco", *Internacional Journal for the Semiotics of Law*, vol. 17, núm. 1 2004.

PAPKE, David Ray, "Law and Literature: A Comment and Bibliography of Secondary Works", *Law Library Journal*, vol. 73, 1980.

PAPKE, David R.. (ed.), *Narrative and Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the Law*, Deborah Charles Publications, Livepool, 1991.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

PEREDA, Carlos, "Sobre retórica", en Herrera Lima, María (ed.) *Teorías de la interpretación. Ensayos sobre filosofía, arte y literatura*, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM- Paidós, México, 1998.

PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos, "Derecho y Literatura", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2006.

PERGOLESI, Ferruccio, *Diritto e giustizia nella letteratura moderna,* narrativa e teatrale, Zuffi, Bologna, 1949 p. 25 [reimp. 1956].

PESET, Mariano *et al.*, *Historia del Derecho*, Albatros, Valencia, 1993.

PIPPIN, Robert B., "Percepire le necessità del tempo. Letteratura, conoscenza morale e Diritto", *Ars interpretandi*, vol. 7, 2002.

PITCH, Tamar, *Un derecho para Dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, trad. de Cristina García Pascual, Edit. Trotta, Madrid, 2003.

POSNER, Richard A., *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1988,

_____, *Law and Literature: Revised and Enlarged Edition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1998. [Trad. española de Pilar Salamanca y Marina Muresán, *Ley y Literatura*, Colegio de Abogados de Valladolid- Eds. Cuatro y el gato, Valladolid, 2004].

_____, "What Has Modern Literary Theory to Offer Law?", *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000.

(R.), "A New List of Recommended Reading for Prospective Law Students (Faculty of the Michigan Law School)", *Michigan Law Review*, vol. 83, núm. 4, 1985, Survey of Books Relating to the Law (Feb., 1985).

RADBRUCH, Gustav, "Il diritto nella visione goethana del mondo", *RIFD*, vol. XX, núm. IV-V 1940.

_____, *Gestalten und Gedanken,* Acht Studien, Koehler & Amelang, Leipzig, 1944.

_____, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Verlag Scherer, Heidelberg, 1948 [Trad. de WENCESLAO Roces, *Introducción a la filosofía del derecho*, 4ta ed. México, FCE, 1974 (1959)]

_____, *Elegantiae Juris Criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*, Verlag fur Recht und Gesellschaft AG, Basel, 1950 (2.Auflage).

_____, "Goethe und K.F. Hommel", Radbruch, Gustav, *Elegantiae Juris Criminalis*. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts, Verlag fur Recht und Gesellschaft AG, Basel, 1950 (2.Auflage).

RIAZA, Román y García Gallo, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1934.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

RODRÍGUEZ, César (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de Los Andes- Siglo del Hombre Editores, Santa Fe de Bogotá (Colombia), 1997.

RYF, Jean-Pierre, *Justice et littérature*. Regards croisés, Atlantica, Anglet, 2004.

ROCKWOOD, Bruce L. (ed.), *Law and literature perspectives,* Peter Lang, cop., New York, 1996.

ROERMUND, Bert van, "Law is narrative, not Literature", en Witteveen, Willem J. (ed.), *Law, Rhetoric and Literature* (Special Issue of Dutch Journal for Legal Philosophy and Legal Theory), Tjeenk Willink, Zwolle, 1994, pp. 221-227. [Ahora en Roermund, Bert van *Derecho, relato y realidad*, trad. de Hans Lindahl, Edit. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 13-19].

ROERMUND, Bert van, *Derecho, relato y realidad*, trad. de Hans Lindahl, Edit. Tecnos, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ CHÁVEZ, Iván, *Literatura y Derecho,* Universidad Ricardo Palma, Lima. Perú, 2002.

RUIZ TAGLE, Pablo, "La novela legal en serie y el concepto de Derecho: Una teoría de Ronald Dworkin" en Ruiz Tagle, Pablo, *Derecho, Justicia y Libertad. Ensayos de Derecho Chileno y. Comparado*, Fontamara, México D. F., 2002.

_____, *Derecho, Justicia y Libertad. Ensayos de Derecho Chileno y. Comparado*, Fontamara, México D. F., 2002.

SANCHO IZQUIERDO, Miguel, *El Fuero de Molina de Aragón*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1916.

SHAPIRO, Fred R. y Garry, Jane, *Trial and Error: An Oxford Anthology of Legal Stories*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

SOLAN, Lawrence M., *The language of Judges*, University of Chicago Press, Chicago, 1993.

_____, "Judicial Decisions and Linguistic Analysis: Is There a Linguist in the Court?", *Washington University Law Journal*, vol. 73, 1995.

ST. JOAN, Jacqueline y MCELHINEY, Annette Bennington (eds.) *Beyond Portia: Women, Law, and Literature in the United States*, Northeastern University Press, Boston, 1997.

STARR, June, *Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice*, State University of New York Press, Albany. New York, 1992.

SURETSTK, Harold, "Search for a Theory: An Annotated Bibliography of Writings on the Relation of Law to Literature and the Humanities", *Rutgers Law Review*, vol. 32, 1979.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

TALAVERA, Pedro, *Derecho y Literatura*, Edit. Comares, Granada, 2006.

THOMASSET, Claude, *et al.* (dir.), *Le droit saisi par l'ordinateur*, Éditions Blais, Cowansville, 1993.

TOLSTÓI, Lev, *Resurrección*, trad. de Mariano Orta Manzano, RBA, Barcelona, 2005 [1899].

TORRES CAMPOS, Manuel, *Nociones de bibliografía y literatura jurídicas de España*, Estab. Tip. de Góngora, Madrid, 1884 [Ahora en Edit. Analecta, Pamplona, 2002].

TORRES MÉNDEZ, Miguel, *Jurisprudencia literaria y filosófica*. (La aplicación del Movimiento 'Derecho y Literatura' en la jurisprudencia), Grijley, Lima. Perú, 2003.

TURNER, J. Neville y WILLIAMS, Pamela (eds.), *The Happy Couple. Law and literature*, The Federation Press, Sidney, 1994.

UREÑA y SMENJAUD, Rafael de, *Sumario de las lecciones dadas en la Universidad Central durante el curso de 1897 a 98 y siguientes*. (Intento de una historia de las ideas Jurídicas en España), Imp. de la Revista de Legislación, Madrid, 1897.

_____, *Historia de la Literatura Jurídica Española*, Estab. Tip. de Idamor Moreno, Madrid, 1906.

VAIHINGER, Hans, *Die Philosophie des Als-Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Felix Meiner Verlag, Leipzig, 1922 [1920].

VANDERLINDEN, Jacques, "Réseaux, pirámide et pluralisme ou Regards sur la reencontré de deux aspirants-paradigmes de la science juridique", *Revue Interdisciplinaire d´Etudes juridiques*, vol. 49, 2002.

VERA DELGADO, Ana y GARCÍA RECHE, Gregorio, *Repertorio de Libros Antiguos en el que se recogen las obras publicadas con anterioridad a 1801 que están en la Facultad de Derecho*, Universidad de Málaga– Facultad de Derecho, 1990.

VOGLIOTTI, Máximo, "La rhapsodie: fécondité d´une métaphore littéraire pour repensar l´écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal", *Revue interdisciplinaire d´études juridique*, vol. 46, 2001.

_____, "De l'autour au "rhapsode" pu le retour de ´oralité dans le droit cintemporaine", *Revue interdisciplinaire d´études juridique*, vol. 50, 2003.

WAGENAAR, Willem Albert; VAN KOPPEN, Peter J.; CROMBAG, Hans F. y M., *Anchored Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*, St. Martin´s Press, New York, 1993.

Ward, Ian, *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*, Cambridge U.P., Cambridge, 1995 (2ª ed. 2004).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

WEISBERG, Richard H., "Law, Literature, and Cardozo's Judicial Poetics", *Cardozo Law Review*, vol. 1, 1979.

_____, The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction, Yale U.P, New Haven and London, 1984.

_____, *Poethics: And Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, New York, 1992.

WEISBERG, Robert, "The Law-Literature Enterprise", *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. I, 1988.

WEISBERG, Robert, "Proclaiming trials as narratives: premises and pretenses", en Brooks, Pete y Gewirtz, Paul (eds.) *Law's Stories. Narrative and rethoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1994.

WEST, Robin, *Narrative, Auhtority, and Law*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, Mich., 1993.

WHITE, James Boyd, *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Brown and Company, Little. Boston Mass, 1973 (2ª ed. 1985).

_____, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law,* University of Wisconsin Press, Madison, 1985.

_____, "What Can a Lawyer Learn from Literature?", *Harvard Law Review,* vol. 102, 1988-1989.

_____, *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, The University of Chicago Press, Chicago, 1990.

WIGMORE, John Henry, "A List of Legal Novels", *Illinois Law Review*, vol. II, 1908.

_____, "A List of One Hundred Legal Novels", *Illinois Law Review*, vol. XVII, 1922.

WISHINGRAD, Jay (ed.), *Legal Fictions: Short Stories About Lawyers and the Law* (reissued ed, Overlook Press, Woodstock, 1994.

WOODMAN, Gordon, "Observations sur les limites de la métaphore", *Revue Interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, vol. 49, 2002.

YOSHIMO, Kenji, "Lo Pasado es Prólogo: El Precedente en la Literatura y en el Derecho" en *Revista Derecho y Humanidades* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), vol. 8 2000-2001. [Trad. de Jorge Edwars– Carlos Franz– Samuel Uribe].

ZIOLKOWSKI, Theodore, *The Mirror of Justice. Literary Reflections of Legal Crises*, Princeton University Press, Princeton. New Jersey, 1997.

_____, *German Romanticism and its Institutions*, Princeton University Press, Princeton. New Jersey, 1990.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 20

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. ENTRE EL FUNCIONALISMO Y LA ESQUIZOFRENIA JURÍDICA

Alfredo Bullard*

Sumario. I. *Introducción*. II. *¿Qué realmente el AED?* III. *Los tipos de esquizofrenia jurídica frente AED*. IV. *Conclusión* V. *Bibliografía*.

I. Introducción

Ihering tuvo un sueño. Soñó que había muerto y que era conducido a un paraíso especial reservado para los teóricos del Derecho. En el se encontraba uno, frente a frente, con numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, libres de la contaminación de la vida humana. Allí estaban los espíritus incorpóreos de la buena y la mala fe, de la propiedad, de la posesión. Estaban así mismo los instrumentos lógicos para manipular y transformar esos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionados problemas del Derecho. Una prensa hidráulica dialéctica para la interpretación nos permitía extraer a presión un ilimitado número de interpretaciones de cualquier norma jurídica. Un aparato para construir ficciones y una máquina para partir cabello en 999,999 partes iguales, en manos de los juristas más expertos, podía dividir cada una de las partes resultantes en, a su vez, 999,999 partes. Las posibilidades de esté paraíso eran ilimitadas para los juristas más calificados, siempre que los mismos bebieran un líquido lácteo de las cosas terrenales de los hombres. Pero para los juristas más expertos el líquido era superfluo, pues nada tenían que olvidar.[1]

En ese mundo no hay nada real. Todo es imaginario. Los conceptos se pasean como personajes inexistentes a los que el jurista les habla mientras el lego, el cliente, el ciudadano común y corriente, mira al abogado como si

* Profesor de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú

[1] Citado por Cohen, Felix, *El Método Funcional en el Derecho*, Buenos Aires, Abelado-Perrot, pp. 11-12.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 737-766.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

estuviera conversando con el vacío. Son "cosas" que no se ven, que no están allí, salvo para el jurista experto que queda sujeto al riesgo de ser considerado un genio o un loco.

Este mundo conceptual sujeta a los abogados a una suerte de "esquizofrenia jurídica", un mirar a un vacío en el que se mueven visiones inexistentes e imperceptibles para los demás, conformadas por una serie de conceptos que encuentran y confirman su consistencia solo consigo mismos.

Y nada asusta más al esquizofrénico que la realidad, lo tangible, lo demostrable. La realidad entra de inmediato en contradicción con su visión, con sus alucinaciones. Muchas cosas no pueden explicarse si esos conceptos son traídos a la tierra, porque en ella las "reglas de la física" rompen los conceptos elementales sobre los que se han construido. La realidad atormenta al esquizofrénico. De la misma manera como traer al mundo real a quien se cree Napoleón lo lleva a descubrir que este murió en el siglo XIX o a quien cree que lo persiguen espías rusos en la época de la guerra fría lo lleva a descubrir que eso no esta ocurriendo y le crea una crisis existencial, el jurista de conceptos, traído a la tierra, si no es capaz de comprender la naturaleza instrumental de tales conceptos, pasa por un proceso similar.

Los esquizofrénicos tratan de negar la realidad como una forma de defender su propia "realidad", esa realidad perfecta que solo ellos ven y que defienden como si fuera la única existente. Muchos juristas, o abogados "aprendices de mago", pasan por el mismo proceso.

La irrupción de formas de ver el mundo de lo jurídico desde una perspectiva más real, como la SOCIOLOGÍA JURÍDICA, la antropología jurídica, o más recientemente, el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED), agudiza la esquizofrenia y asusta a quien ve cuestionado su "mundo imaginario".

El sueño de Ihering nos recuerda que los abogados solemos usar dos conceptos que son una suerte de lugares comunes de nuestra esquizofrenia. El primero es el de "ciencia jurídica". El segundo, el de "naturaleza jurídica".

Ambos conceptos reflejan una visión determinada del Derecho, una que como veremos, es bastante irreal. Por un lado está la idea de que el Derecho es una ciencia y que como ciencia tiene un objeto propio. Dado que tiene su propio objeto es posible descubrir en el mismo "cosas naturales", como quien descubre un nuevo elemento químico, una ley física o una nueva especia animal o vegetal.

Entonces aparece el concepto de "naturaleza jurídica", como el descubrir un objeto nuevo en la realidad capaz de ser definido conceptualmente.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Pero el Derecho no tiene un objeto natural; es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos antes que una ciencia. Su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre. El Derecho es creado por el hombre y su "naturaleza" y la de las instituciones cambia tan pronto el legislador cambia la ley que la regula. Como bien dice Kirchmann, "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura".[2]

Así, los abogados (o los "juristas", que no son sino los abogados con aspiración de científicos) envidiamos de otras ciencias el que tengan un objeto propio que antecede al conocimiento que lo estudia, y tratamos de "neutralizar" esa envidia inventándonos "naturalezas jurídicas" inexistentes, verdaderas "alucinaciones", porque a fin de cuentas el objeto de nuestra "ciencia" no precede al conocimiento, sino que es consecuencia del mismo. Y en ese mundo las cosas son manipulables y cambiantes, como si un físico pudiera por decreto derogar la ley de la gravedad o un químico añadir a su entera voluntad una docena de nuevos elementos a la Tabla Periódica. Como expresión de esa "locura", el jurista piensa que la realidad cambia por que él "descubre" un concepto nuevo.

Genaro Carrió, al presentar la monografía de Eugenio Bulygin, "[l]a naturaleza jurídica de la letra de cambio", comentaba esos esfuerzos por encontrar "naturalezas jurídicas": "El saldo es desconsolador: tales empresas —las afanosas pesquisas de 'naturalezas jurídicas'— están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe".[3]

Entonces el Derecho se convierte en una suerte de mixtura entre una religión y una ciencia metafísica, donde los conceptos mismos son los que son objeto de estudio por otros conceptos. Como señala Félix Cohen:

> Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en si creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del medico de Moliere de que el opio hace dormir a los hombres por que contienen un principio somnífero.
> Ahora bien, la proposición de que el opio hace dormir a los hombres porque tiene un principio somnífero es científicamente útil si 'principio somnífero' es definido física o químicamente. De otra manera solo sirve para obstruir el acceso a la comprensión de un falso conocimiento.

[2] Citado por Hernández Gil, Antonio, *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1981, p. 17.

[3] Bulygin, Eugenio, *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*, Abeledo Perrot, 1961. p. 7.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> ...Los conceptos jurídicos... son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe.[4]

En esa línea, los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y crear otros conceptos. En pocas palabras, solemos contener el elemento definido en la definición, porque los elementos de realidad son escasos (o inexistentes) en el quehacer diario de los juristas.

Un ejemplo claro es el concepto de acto o negocio jurídico. Una vez traté de explicar a un profesor en Estados Unidos de qué se trataba ese concepto que, creía yo en ese entonces, le ayudaría a entender el difícil problema de la *consideration* que se había discutido en clase. Como sabemos, el acto o negocio jurídico es toda una compleja y muy apreciada doctrina de nuestro sistema legal que trata de encontrar conceptos comunes a todos los casos en los que la expresión de voluntad de una persona crea una obligación o relación jurídica. Bajo ese concepto están los contratos, los testamentos, el matrimonio, las promesas unilaterales, el reconocimiento de un hijo, la adopción y, por aplicación supletoria del Código civil, los actos administrativos del gobierno y hasta las sentencias de los jueces. Se busca una sola teoría que explique todo.

Al terminar mi explicación el profesor me dijo *"Muy interesante. ¿Para que sirve?"*. Luego de una breve discusión sobre la utilidad práctica, no supe qué contestar pues su única utilidad era para hacer más complejos los conceptos. Es que el acto jurídico no es ni siquiera un concepto, sino un "supraconcepto", es decir un concepto de conceptos. Trata de explicar qué tienen en común cosas totalmente distintas que, a su vez, no tienen existencia verificable. Sus reglas, en lugar de ayudarnos a encontrar soluciones prácticas, sólo alejan el lenguaje de los abogados del lenguaje de los hombres. Con ello no se crea ciencia, se crea metafísica. El abogado se vuelve entonces una suerte de mago, cuya magia radica en su capacidad de usar palabras que nadie entiende para describir una realidad que nadie ve. En esta línea, Kantorowicz plantea un ejercicio mental interesante:

> Preguntarse respecto de cada enunciado (...) qué consecuencias nocivas experimentaría la vida social si en lugar de tal enunciado se adoptara el contrario. Examinar luego todos los tratados, comentarios, monografías y repertorios de decisiones y ver

[4] Cohen, Felix, *El Método Funcional en el Derecho, op. cit.*, pp 46-48.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> cuántas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuántas de ellas son siquiera formuladas.[5]

Como veremos, el AED es una forma de dar respuesta a algunas de las preguntas que el Derecho, visto sólo como jurisprudencia de conceptos, no puede contestar. Es una forma de contar con herramientas que permitan, en términos de Cohen, "definir somnífero en base a un principio químico o físico" o, en términos de Kantorowicz, poder responder a la pregunta de qué efectos nocivos tendría un enunciado si se adoptará precisamente el contrario.

Esta presunción de que el Derecho es una ciencia ni siquiera ha sido adoptada con coherencia. Las ciencias construyen una hipótesis de trabajo, la aplican y luego evalúan que pasó. Si un médico diseña una nueva operación quirúrgica, una vez operado el paciente irá a verlo al hospital y evaluará sus síntomas, como reaccionó, si la operación sirvió de algo y si el pariente sobrevivió. De no hacerlo, nunca sabrá si su esfuerzo sirvió para algo. Pero los abogados "operamos" la realidad con nuestros nuevos conceptos y nunca visitamos a nuestro paciente para, de manera sistemática, saber que pasó con él. No es de extrañar que con tal procedimiento haya tantas normas inaplicables y el Derecho se encuentre tan desprestigiado.

Pero incluso si el "jurista" tuviera la responsabilidad de revisar al paciente, carece del bagaje de conocimientos suficientes para evaluar el resultado de su "operación". El AED no es otra cosa que tratar de poner al alcance del abogado herramientas para poder diseñar mejor su "operación" mediante la predicción de su resultado y para poder, luego de "operado el paciente", medir si tuvo o no éxito.

A pesar de que el AED no es más que eso, la dogmática (o mejor dicho algunos dogmáticos o aprendices de dogmáticos) le teme y lo considera una amenaza o en todo caso algo a lo que no se le debe hacer el menor caso. Y no es extraño que otras disciplinas que buscaban crear herramientas similares como la SOCIOLOGÍA JURÍDICA o la Antropología Jurídica, hayan sido víctimas de reacciones similares. Finalmente no es otra cosa que temer a ampliar nuestro conocimiento.

Como trataré de demostrar en este trabajo, gran parte de la resistencia que muchos abogados y profesores de Derecho muestran hacía el AED no es otra cosa que síntomas de una suerte de esquizofrenia. No quiero que se me malinterprete. No pretendo decir que estar en contra del AED es ser un esquizofrénico. De hecho muchas posiciones en contra se sustentan en un estudio detallado de sus alcances y en una comprensión adecuada de sus

[5] Citado por Cohen, Felix. *Ob. cit.*, pp. 131-132.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

principios metodológicos. La discrepancia informada no solo es aceptable, es estimulante y necesaria y empuja a perfeccionar los alcances de una idea o de una forma de pensar. Sin duda esas discrepancias serias han contribuido tanto o más al desarrollo del AED que las ideas de sus más destacados defensores. Hay críticas no solo respetables, sino que desnudan los límites que, como toda forma de pensamiento, el AED tiene para ayudarnos a comprender cómo funciona el Derecho.

Pero debajo de estas críticas inteligentes, se encuentran una inmensidad de reacciones esquizofrénicas parecidas a la del loco al que le dicen que no es Napoleón y asume desde una argumentación circular y sin sentido hasta la reacción agresiva para demostrar que sí es Napoleón y que su mundo es el real por más que la realidad le demuestre todo lo contrario.

II. ¿QUÉ ES REALMENTE EL AED?

De la misma manera como los esquizofrénicos crean leyendas sobre la realidad, algunos "juristas" crean leyendas sobre el AED. Sin embargo el AED es algo más sencillo de lo que parece. Se trata de una metodología o, más concretamente, de la aplicación del método económico para entender a las instituciones jurídicas.

Sin duda la economía se ha ganado, merecidamente, el apelativo de ser la "reina de las ciencias sociales". Tal galardón lo ha obtenido por haber desarrollado un marco analítico bastante sofisticado, capaz de traducir la conducta humana en modelos, los cuales llegan incluso a reflejarse en gráficas o en fórmulas matemáticas bastante complejas. Con ello ha logrado entender mejor el mundo real, a pesar de que paradójicamente estén simplificando dicha realidad.

Tradicionalmente, la economía ha sido definida como la ciencia encargada de evaluar la asignación de recursos escasos entre usos alternativos. Sin embargo esa definición no es aceptada pacíficamente el día de hoy. Así, en palabras de Gary Becker,[6] el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables.

[6] Becker, Gary, "El enfoque económico del comportamiento humano", *Información Comercial Española*, vol. 557, 1980.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La aproximación beckeriana a la economía revolucionó lo que la economía piensa de sí misma y la vinculó con lo que tiene en común con las demás ciencias humanas: la capacidad de predecir la conducta humana.

El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos). Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Solo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, a pesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así.

Sobre la base de estos elementos es posible desarrollar modelos de predicción sumamente sofisticados que, con la ayuda incluso de ciencias exactas como las matemáticas, consiguen asombrosos resultados en la práctica. Un ejemplo nos demuestra este punto.

Que el Ministro de Economía nos diga que la inflación al final del año será de 3.5% parece no asombrar a nadie. Sin perjuicio de que muchas veces se equivoca, especialmente cuando es un Ministro poco serio, lo cierto es que puede acercarse a la cifra final con un asombroso nivel de precisión. ¿Somos consientes de qué significa eso?

La inflación es un hecho que no depende de nadie en particular, pero sí de todos en general. Si bien el gobierno puede tomar una serie de decisiones importantes que afectan el aumento de precios, la verdad de los hechos es que la inflación depende de millones de decisiones de producción, consumo e intercambio tomadas por una multitud de personas diferentes. Cada vez que alguien decide subir o bajar un precio afecta la inflación. Cada vez que un consumidor decide comprar o dejar de comprar a un precio dado afecta la inflación. ¿Cómo puede predecirse como se van a comportar millones de personas distintas en un futuro respecto a su propensión a vender y comprar a determinados precios?

La respuesta sólo puede encontrarse si uno comprende el nivel de sofisticación que ha alcanzado la ciencia económica. Las técnicas de predicción desarrolladas por esta ciencia permite predecir cómo un número elevado de personas va a tender a comportarse a partir de ciertas premisas dadas (liquidez y volumen de masa monetaria, comportamiento de las importaciones y exportaciones, niveles de inversión, etc.).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La nueva definición propuesta por Becker permitió que la economía avanzara sobre áreas tradicionalmente consideradas no económicas, pudiendo predecirse conductas como casarse o divorciarse, suicidarse, fumar, efectos de la pena de muerte en el nivel de delincuencia, procrear hijos, adoptar, etc. Si uno entiende que los beneficios y costos no son solo elementos expresables en términos monetarios, sino en general todo elemento positivo o negativo que alguien recibe o sufre (como el placer y el sufrimiento, la comodidad o la incomodidad) podrá ampliar el campo de la economía, casi sin limites, a virtualmente toda forma de conducta humana.

¿Cómo ha desarrollado la economía esta capacidad de predicción sobre algo tan complejo como la conducta humana, que depende de tantos factores, la mayoría totalmente subjetivos y hasta arbitrarios? La respuesta está en el uso de modelos. Cuando algo es muy complejo, el arte de comprenderlo está en simplificarlo. Cuando muchas variables afectan un resultado, identificar un conjunto de variables relevantes y dejar de lado las que no lo son es una forma de avanzar en la comprensión del problema. Eso es lo que hace la economía: simplificar la realidad para comprenderla mejor en su complejidad.

El uso de modelos, a pesar de ser una de las fortalezas más claras del análisis económico, es también la fuente de las críticas más duras. La simplificación es, sin embargo, la única forma de acercarnos a la comprensión de algo, a pesar de que, paradójicamente, implica alejar ese algo de la realidad.

Un buen economista sabrá elegir las variables adecuadas para que el modelo le permita predecir la conducta humana en el agregado, en el mundo real. Para ello presumirá algunos aspectos sobre la base de los cuales formulará sus conclusiones. Por ejemplo, presumirá que los individuos actúan racionalmente, colocando los recursos a su alcance para orientarlos a la consecución de sus fines. Sobre la base de ello, predecirá cómo se comportarán normalmente los individuos ante determinada situación.

Sin embargo hay que tener claro que el valor de una premisa o presupuesto no esta en su realismo sino en su capacidad explicativa. Por ejemplo el asumir que los individuos son racionales no requiere que se demuestre que es cierto para tener capacidad explicativa. Incluso si una mayoría de individuos no fueran racionales, pero el resultado agregado fuera consistente con la racionalidad, entonces el presupuesto es útil. Si la cantidad ofrecida sube el precio debe bajar. Ello parte que los individuos son racionales y por tanto ante un aumento de la cantidad ofrecida estarán dispuestos a

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

pagar menos. Ello significa que las personas, racionalmente, buscan pagar lo menos posible. En la realidad esa premisa no es del todo exacta. No siempre las personas eligen lo más barato o incurren en los costos de búsqueda para identificarlo. Pero en el agregado (y la evidencia empírica así lo demuestra) el aumento de la cantidad ofrecida reduce los precios en el mercado. Si algo es abundante los individuos en la realidad (y no solo en el modelo) suelen pagar precios más bajos. Entonces el presupuesto es útil y tiene capacidad explicativa.

Cuando uno comprende que el Derecho es un sistema de regulación de conducta humana que persigue orientar dicha conducta sobre la base de incentivos que solemos llamar "consecuencia jurídica", descubrirá de inmediato la utilidad de contar con una metodología para predecir la conducta. Redactar una ley, preparar una sentencia o decisión administrativa o simplemente redactar un contrato, son actos respecto de los cuales los abogados necesitamos saber cómo influirán en la conducta de los involucrados. Identificar los incentivos correctos contribuirá con alcanzar o no los fines que nos proponemos.

Una predicción simple es aquella que indica que si se sube la multa por cruzar una luz roja debería disminuir el número de personas que cruzan una luz roja. Es una simple aplicación de la regla que a mayor el precio menor la cantidad demandada. Subir la multa equivale a subir el precio de cruzarse una luz roja, con lo que el incremento de costo llevará a que menos personas "demanden" cruzar una luz roja.

Pero el análisis es aún más sofisticado. El costo de cruzar la luz roja no es igual a todas horas. Los individuos, para tomar la decisión de cruzar una luz roja, no toman en cuenta la magnitud total de la sanción, sino la magnitud esperada. La magnitud esperada depende no sólo de la multa establecida, sino de la posibilidad de ser detectado cometiendo la infracción, lo que depende a su vez de la capacidad de las autoridades y de la habilidad del infractor.

Este presupuesto de análisis tiene sólido sustento en la evidencia empírica. Los cruces de luces rojas son más frecuentes a las tres de la mañana que a mediodía. La razón es obvia. A mediodía la posibilidad de detección crece. Hay más policías en las calles y las posibilidades de un accidente se incrementan por el tráfico, con lo que en la realidad la multa es mayor que a las tres de la mañana, donde la posibilidad de ser detectado es sustancialmente menor. Así, si bien nominalmente la multa es la misma a ambas horas del día, es menor a las tres de la mañana porque la menor posibilidad de ser detectado genera que el infractor descuente de la sanción dicha posibilidad.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Una alternativa es subir las multas en circunstancias en que la posibilidad de detección cae. Así, para ser consistentes, la multa a las tres de la mañana debería ser mayor que la del mediodía. Otras áreas del derecho, como la del derecho penal, incorporan ese factor. Por ejemplo, es común encontrar en los códigos penales como una agravante que amerita un incremento de la pena el cometer el delito en la oscuridad. Ello porque la oscuridad dificulta la detección del delito, teniendo un efecto de descuento en la sanción esperada.

Quizás lo que ocurre y explica por qué no se incrementa la sanción a los cruces de luz roja en la madrugada es que si bien la pena es menor a las tres de la mañana por efecto de la menor capacidad de detección, también lo es la posibilidad de causar daño, porque hay menos carros circulando a esa hora, con lo que la sociedad está dispuesta a tolerar un número mayor de cruces de luz roja a esas horas.

Habrá quienes cuestionarán el análisis diciendo que no todos los conductores actúan así. De hecho, habrán siempre conductores que se crucen la luz roja así se incrementen las penas y la posibilidad de detección a niveles óptimos. Pero en todo caso ello no deslegitima el análisis efectuado, pues es evidente que, al menos en el caso de quienes actúan con esa racionalidad, el resultado será el señalado.

La metodología seguida por el AED es incómoda para mantener la insania mental de los juristas esquizofrénicos. La metodología permite incorporar al análisis cómo se comportan seres de carne y hueso y cuáles son las consecuencias de la decisión que se tome. Ello puede conducir a perder consistencia conceptual, como si lo que importara es la consistencia entre dos conceptos y no la consistencia entre el concepto y la realidad.

Cuando alguien queda en capacidad de demostrar que la aplicación de la naturaleza jurídica de una institución conduce a que los individuos se comporten de una manera inadecuada, la "alucinación conceptual" queda en evidencia como tal y el jurista queda "mirando al vacío" frente a los ojos de los demás.

Como veremos más adelante, esto se refleja en distintos tipos de "esquizofrenia jurídica" que cuestionan un método por ser "demasiado realista".

El AED es una metodología de análisis que apareció, aproximadamente, en los '60 en los EE.UU., y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho. Es difícil explicar y dar una definición de lo que es el AED. Es como definir correr; la única forma de entenderlo realmente es corriendo o viendo a una persona correr. El AED es parecido.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La única forma de entenderlo es aplicándolo, y viendo como funciona en la realidad. Lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de conductas —en sí mismo es una técnica de regular conductas—, el AED puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de estas conductas.

Como se dijo, lo que se consigue a través del AED es predecir conductas de seres humanos. Se parte del principio que los seres humanos actúan en base a incentivos, y que en consecuencia buscan los que les favorece y evitan lo que les perjudica. En otras palabras tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. En base a ello es posible encontrar formulas que permiten predecir (al menos presumir) como los individuos actuaran ante tales incentivos.

Dado que el Derecho es un sistema de regulación de conductas, su relación con la economía aparece como evidente. Si uno quiere regular conducta, aprender a predecirla es de suma utilidad. Saber el impacto de una Ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura permite poner al Derecho en contexto de realidad.

Los dos precursores más importantes del AED, que podrían ser considerados los fundadores: Ronald Coase y Guido Calabresi. Algunos, sin embargo, querrán incluir a Richard Posner en la lista.

Ronald Coase llevó a cabo una serie de estudios entre los años 30 y 60 que le permitieron conceptualizar y dar sentido práctico a lo que denominó costos de transacción, concepto fundamental en el AED y que explica cómo funcionan los mercados, como funciona el Derecho en relación a los mercados, y cuando el Derecho puede solucionar un problema y cuando no. A las ideas de Coase se atribuye el famoso Teorema de Coase, uno de los principios básicos que se aplican en el AED según el cual la relevancia de las reglas jurídicas y su asignación dependen de los costos de transacción, para poder definir si podrán las partes, por medio de acuerdos, determinar como re resuelve un problema de derechos y su asignación.

Por su parte Guido Calabresi escribió conjuntamente con Douglas Melamed, en los años 60 un artículo clásico en el AED, "Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral".[7] Muchas de sus ideas son coincidentes (y escritas curiosamente casi en paralelo, con el trabajo de Coase *El problema del costo social*).[8] Calabresi realizó un

[7] Calabresi, Guido andy Melamed, Douglas. "Property Rules. Liability Rules and Inalienability: A view of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 84, 1972, p. 1089 [version en castellano *Themis*, núm. 21, PUCP, Lima, 1992, pp. 63 y ss.]

[8] Coase, Ronald, "The Problem of the Social Cost". *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

importante aporte en el AED, principalmente aplicado al área de responsabilidad civil extracontractual. A él obedece una de las teorías más importantes de la responsabilidad civil en los EE.UU., recogida en su libro *El Costo de los Accidentes*[9] que conjuga la reducción de los llamados costos primarios, secundarios y terciarios de la responsabilidad civil con el concepto de *cheapest cost avoider* o "más barato evitador del costo" que es una nueva variable de la teoría objetiva que caló hace unos 20 años en los EE.UU. con bastante fuerza (véase, FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL).

Existen quienes han aplicado el AED a ciertas áreas por ejemplo destacan los trabajos de Harold Demzet en propiedad, o Steven Shavell y Richard Posner sobre la responsabilidad civil. Otras líneas de pensamiento se han expandido a otras áreas. Por ejemplo el llamado *Public Choice*, o teoría de la elección pública sirve para analizar los procesos políticos, las decisiones de los funcionarios públicos, cómo se generan las constituciones y las reglas electorales, etc. Virtualmente todas las ramas del Derecho han sido impactadas por AED (Derecho Ambiental, Civil, Mercantil, Administrativo, Penal, Constitucional, Laboral etc.).

La mayoría de gente no entiende bien ni los postulados ni la utilidad del AED. En primer lugar, como el AED se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis deshumanizante: es convertir en números el Derecho, que tiene que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores. Eso no es lo que persigue el AED. Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios. Y, como dice Calabresi, desperdiciar; en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto. Lo que se busca es, por tanto, un Derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente, es decir un Derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines.

Para definir que se entiende por eficiencia se usa como punto de partida las ideas de Wilfredo Pareto. El busca establecer cuando una situación es más eficiente que la anterior, y esto es: cuando una persona mejora sin empeorar la situación de otra. Por ejemplo, el sistema contractual es una forma de alcanzar la eficiencia porque, en un contrato, si las dos partes lo celebran es porque ambas están mejorando y ninguna está empeorando; el contrato nos ha conducido a una situación más eficiente que la anterior. Una situación será óptima, es decir inmejorable, cuando dados los recursos

[9] Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Aproach*, New Haven and London, Yale University Press, 1970.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

existentes no es posible que alguien mejore salvo que otro empeore. A eso se le llama el Óptimo de Pareto.

Por su parte, según el Criterio de Pareto el cambio de una situación a otra constituye una mejora en el bienestar social si no se reduce el bienestar individual y al menos mejora la situación de un individuo. Como dice Torres López, este criterio se funda en que el individuo es el mejor juez de su propio bienestar y el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen.[10]

Por el contrario el Óptimo de Pareto, como vimos, es una situación en que ningún individuo puede mejorar su situación sin perjudicar el bienestar de alguno de los otros miembros de la sociedad. En otras palabras, el Óptimo de Pareto es una situación donde todos los recursos existentes han sido distribuidos y usados de una manera tan adecuada, que ya es imposible pensar en que una distribución distinta mejoraría la situación de la sociedad. Para el modelo neoclásico, tal condición se alcanza bajo condiciones de competencia perfecta, cuyos requisitos veremos más adelante. Moverse hacia el Óptimo de Pareto implica entonces moverse hacia la eficiencia absoluta.

La mejor forma de entender estos conceptos de "Criterio de Pareto" y "Óptimo de Pareto" es con ejemplos. Imaginemos un salón de clase en el que hay cuarenta alumnos. La mitad de ellos son hombres y la otra mitad mujeres. A su vez tengo 20 latas de crema de afeitar y 20 lápices de labios. Decido repartirlos sin ningún criterio, de manera que a algunos hombres les tocan lápices de labios y a algunas mujeres les tocan cremas de afeitar. He llegado a una distribución inicial de todos los recursos disponibles dentro del salón de clase.

La distribución inicial ha favorecido a los hombres a los que les toco una crema de afeitar y a las mujeres a las que les tocó un lápiz de labios y ha perjudicado a los hombres a los que les tocó un lápiz de labios y a las mujeres a las que les tocó una lata de crema de afeitar.

Si un hombre decide intercambiar su lápiz de labios con la crema de afeitar de una mujer estaremos, según el "Criterio de Pareto" en una situación mejor, es decir más eficiente que la anterior. Ha mejorado la situación del hombre y la mujer involucrados en el intercambio (tienen bienes que cada uno puede considerar más valiosos) y no se ha perjudicado nadie. Estamos pues en una situación mejor a la anterior en términos de Pareto.

Pero aún no estamos ante una situación óptima. Aún muchos hombres y mujeres tienen en su poder bienes que les son inútiles para su uso perso-

[10] Torres López, Juan, *El Análisis Económico del Derecho.* Tecnos, 1987, p. 32.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

nal. Sin embargo, imaginemos que todos los que tienen bienes no deseados comienzan a negociar transacciones de cambio entre ellos de manera que en un corto período de tiempo todos los hombres tienen una crema de afeitar y todas las mujeres tienen un lápiz de labios. Llegada esta situación estamos ante una situación óptima. Si asumimos que todos los recursos existentes en una sociedad son los lápices de labios y las cremas de afeitar, no hay posibilidad de distribuir mejor los recursos pues la cantidad de hombres y mujeres que tienen bienes que les son útiles es la máxima posible dada la limitación en el número de bienes de cada tipo y que cualquier cambio de la situación implicaría un empeoramiento de la misma. Estamos frente al Óptimo de Pareto. No hay posibilidad de que alguien mejore sin empeorar la situación de otro. Un hombre le puede robar a otro su crema de afeitar. Su situación ha mejorado respecto a la anterior. Tiene dos cremas en lugar de una. Pero la situación de su víctima ha empeorado.

Al Derecho le compete ayudar a alcanzar una situación eficiente, es decir, llegar al óptimo paretiano, maximizar la utilidad social, consiguiendo un mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes. Así basta apreciar en los ejemplos anteriores la importancia del sistema jurídico. El medio a través del cual se fue mejorando la situación en términos de Pareto es el intercambio de bienes entre particulares, es decir el sistema contractual. Por otro lado la forma de garantizar que no se den conductas que perjudiquen la eficiencia (como el robo) debe requerir la existencia de la propiedad y de un sistema civil y un sistema penal que la proteja.

En base a las ideas de Coase, el AED estudia el por qué los contratos nos conducen a la eficiencia, y por qué hay situaciones que no pueden ser resueltas por los contratos, y por tanto necesitan de una intervención estatal para llegar a mejoras en términos paretianos, tal como se desprende del ejemplo de las cremas de afeitar y los lápices de labio.

Así, el Teorema de Coase tiene 2 formulaciones. Según la primera, si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal adoptada porque igual se llegará a la más eficiente. Lo que Coase quería decir es que, cuando vivimos en un mercado donde existen contratos, el sistema contractual nos llevará a la eficiencia. El típico ejemplo de la contaminación: si una Industria contamina a un vecindario, y los daños que les causa son mayores a los beneficios que obtiene, posiblemente los vecinos se acercarán a la fábrica a pagarle una cantidad para que deje de contaminarlos. Por el contrario, si los beneficios para la industria son mayores que los daños, probablemente ésta les pagará a los vecinos para que se dejen conta-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

minar. Haya o no responsabilidad, las partes llegarán a la solución más eficiente, que será cerrar la fábrica o mantenerla abierta según convenga.

En cambio, según la segunda formulación, si los costos de transacción son mayores a cero, sí importa la solución legal para llegar a una solución eficiente. En el ejemplo de la contaminación, si en vez de contaminar a un vecindario, se contamina a miles o millones de personas, es casi imposible que estos lleguen a un acuerdo para acercarse a la fábrica para comprarle la posibilidad de que cierre, pues los costos de transacción son muy elevados:[11] identificar a todas las partes, informarlas de esta posibilidad, ponerlas de acuerdo, etc. Ahí sí será el Estado quien decida si la industria debe o no contaminar, en función a si es eficiente o no que siga operando y en que condiciones. Ahí sí importa la regla legal porque el mercado no podrá solucionar el problema.

El AED utiliza básicamente herramientas de la microeconomía: como la teoría del consumidor, teoría de la empresa, racionalidad individual, etc.. El elemento principal es determinar qué es más eficiente a través de un análisis costo-beneficio. Lo que se persigue con este análisis es identificar por qué los Individuos actuamos de una manera, para saber si las reglas legales van a ayudar a no a alcanzar la eficiencia. Como ya vimos las normas legales pueden ser vistas como costos y la sanción de la norma como un precio; entonces, si decimos que pasarse una luz roja tiene una multa, tendremos que el precio de pasarla será el monto de la multa multiplicado por la probabilidad de que un policía este en la esquina y detecte nuestra Infracción. Si quisiéramos reducir los cruces de luces rojas aumentaremos la multa (como ocurre en el mercado): a mayor precio, menor cantidad demandada), bajará el cruce de luces rojas al subir la sanción de la norma.

Como ya se menciono (al citar a Becker) no se trata necesariamente de una análisis que se reduce a relaciones de naturaleza patrimonial o monetaria. Quizá el problema está en que la gente hace una ecuación equivocada entre costo y dinero: se entiende que costo es algo que cuesta dinero, y eso no es así. Por ejemplo, las relaciones amorosas cuestan tiempo, sufrimiento, y, en ciertos casos fastidio. Tengo también, a su vez, beneficios que no se relacionan con dinero: estar con mi pareja es agradable, casarme es muy bueno porque tendré hijos, una nueva vida, etc.

Cuando uno habla de un análisis costo-beneficio, no está hablando de dinero necesariamente, sino de los motores de la conducta humana, y estos son bienestar, y malestar. Lo que hace el AED es establecer las relaciones

[11] Llamados costos prohibitivos; es decir, cuando es casi imposible que las partes puedan llegar a una transacción.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que existen entre ellos para poder determinar el comportamiento de los individuos.

Es cierto que en lo patrimonial es más fácil establecer la relación costo-beneficio que en la extrapatrimonial, pero también es cierto que los estudios económicos demuestran que parejas de determinado nivel de ingresos se divorcian más que otras. Existen elementos que demuestran empíricamente lo que el AED formula teóricamente. Nos permite saber, más o menos, como reaccionarán los individuos a determinadas normas.

Otro concepto importante es el de externalidades. Las externalidades son los costos o los beneficios no contratados. Por ejemplo, si alguien me golpea la cara y me inflama un ojo, esta inflamación es un costo; en términos que debo acudir a un médico, y en términos que me duele. Esos costos han sido causados por un tercero que ha externalizado un costo de su conducta (su decisión de golpearme). Cuando las fábricas contaminan o los automóviles congestionan, generan externalidades negativas, es decir, costos a terceros. Hay también externalidades positivas. Si una heladería al costado de mi casa coloca un vigilante, esto nos genera un beneficio, porque recibimos seguridad por la cual no hemos pagado.

La existencia de externalidades puede generar ineficiencia, porque hay quienes sufren costos que no generan, y hay quienes generan costos que no asumen; estas personas generan más costos de los que deberían, y los trasladan, lo que es una conducta ineficiente por que genera una discrepancia entre el costo (o beneficio) privado de la conducta y el costo (o beneficio) social de la misma.

Existen algunos teóricos que han buscado, explicar en términos económicos la justicia. Calabresi es un ejemplo. Él siempre ha tratado de incorporar elementos valorativos en sus análisis para desarrollarlos desde el punto de vista económico, en ciertos casos con algún éxito. Es muy difícil aplicar criterios científicos sobre valores abstractos. Pero el concepto de eficiencia tiene un componente de justicia, pues como dijimos, evitar el desperdicio es una forma de justicia. El AED, nos permite saber cuanto nos cuesta ser justos, porque si bien queremos ser justos, no siempre podemos serlo a cualquier costo, porque seria un lujo que quizá no estemos dispuestos a asumir. No se puede separar el análisis de justicia totalmente de uno de eficiencia, porque no se puede llegar a la justicia, aunque suene duro, a cualquier precio. Por ello debemos al menos cumplir con el deber de saber cuánto nos ha costado ser justos. Ser justo no implica ser irresponsable.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El AED analiza la norma, pero no lo realiza en abstracto, sino en base a su consecuencia social. Se analiza la norma actuando. No podemos "abrir" el Código civil y decir, mediante el AED, si una norma es eficiente o no. Tenemos que analizarla para decir si los individuos se van a comportar de tal o cual manera, y si ese comportamiento va a ser ineficiente o no.

Hay un trabajo de Becker[12] muy interesante, sobre la corrupción. En el muestra que la corrupción en una sociedad sobrerregulada es eficiente. Por ejemplo, en el reglamento general de construcciones, se tiene un nivel de detalle "espeluznante" de como deben ser construidas las casas; si no hubiera la posibilidad de corromper a los inspectores nadie construiría. En una sociedad sobrerregulada la corrupción, aunque parezca contradictorio, y con todo lo malo que trae desde el punto de vista moral, termina siendo un mal necesario para resolver las barreras y los costos de transacción que la sobrerregulación genera en la economía.

El AED se puede aplicar tanto antes de la entrada en vigencia de una norma como durante su aplicación. Cuando se analiza la norma antes de su entrada en vigencia lo que pasa es que tiene que hacerse desde el punto de vista teórico; no puedes determinar la consecuencia económica y social de la norma, cuando aún no está vigente. Sólo se podría especular teóricamente sobre cuales serán sus consecuencias. Podríamos tomar como referencia otras normas que se han aplicado en el país o en otros lugares, pero definitivamente no puedes medir las consecuencias directamente. Recién cuando entre en vigencia la norma podrán medirse las consecuencias de la misma.

El AED no es otra cosa que sentido común entrenado y sistematizado. Muchos razonamientos parecerán formas difíciles de decir cosas obvias. Pero a su vez permite sistematizar mejor el análisis, lo que contribuye a poder ver el Derecho desde otra perspectiva, una más realista y orientada hacia la realidad.

III. Los tipos de esquizofrenia jurídica frente al AED

Como en la autentica esquizofrenia, los "jurídicamente esquizofrénicos" no pertenecen a una sola categoría. Los hay de diferentes tipos y experimentan síntomas distintos.

[12] Becker, Gary, "Crime and Punishment: an economic approach", *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, pp. 272-297.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La mayoría parte de una o más "alucinaciones". Por un lado, suelen ver en el AED algo que el AED no es. A partir de allí, tejen toda una historia sobre los riesgos, peligros o problemas que consideran el AED tiene. Por otra parte, suelen asumir una visión incompleta o, en el mejor de los casos extraña, de lo que es el Derecho en sí mismo. La más común de estas alucinaciones es creer que los conceptos jurídicos tienen existencia real, tienen "naturaleza", y su rol de abogados es ser "científicos" entrenados en el difícil arte de descubrir sus misterios.

Los distintos tipos de esquizofrenia pueden también ser objeto de clasificaciones. Algunos "esquizofrénicos" reaccionan agresivamente y de manera vehemente, usando fuertes calificativos contra el AED. Otros, en cambio, reaccionan con calma, casi con desinterés, como si la cosa no fuera con ellos, usando frases como: "Es otra locura a la que no hay que prestar mayor atención. Ya pasará la moda".

En el medio, los puntos son infinitos. Pero lo que es común en estos casos y que diferencia la esquizofrenia de las críticas serias al AED, es el nivel de conocimiento y comprensión que se tiene de esta forma de razonamiento.

A continuación, vamos a "diagnosticar" algunas de las diferentes reacciones esquizofrénicas detectadas.

1. *"La Invasión Gringa"*

Esta es quizás una de las reacciones más curiosas y anecdóticas, pero no por ello menos frecuente. El argumento que se arma es relativamente simple, al menos en su base.

El mundo esta dividido en dos grandes sistemas legales, el romano-germánico y el sistema anglo-sajón, más precisamente el *common law*. El AED es una creación anglosajona que es propia de un sistema de precedentes de observancia obligatoria, en el que la jurisprudencia es la fuente del Derecho por excelencia y la ley es solo un complemento. En ese contexto, el AED es inaplicable al Perú, porque el Perú es un país que pertenece a la tradición romano germánica. Fin del argumento.

En sus versiones más agresivas (que llega a generar "esquizofrénicos peligrosos") se ve al AED como una suerte de intento de imperialismo intelectual, en el que, al mejor estilo de la guerra fría, ha sido planeado para imponer a los ciudadanos de los países del sistema romano-germánico, en especial de los menos desarrollados, una forma de pensar y de regular la

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

vida social. Con ello han creado una suerte de "doctrina trasnacional" diseñada para seducir y conquistar otros países.

Lo que digo no es una exageración. Sino veamos la siguiente cita:

> Queremos terminar esta breve introducción recordando las palabras de Fernando de Hinestrosa, refiriéndose al abandono de la dogmática y a la creciente negativa influencia del Análisis Económico del Derecho en nuestra realidad Latinoamericana, en el marco del Congreso Internacional realizado en la Universidad de Lima con motivo de la discusión del Proyecto de Reforma al Código civil. Dijo el egregio autor colombiano 'no abandonemos nunca nuestras propias convicciones y lógica de nuestro sistema, que es aquel romano-germánico (expresado en la dogmática), y no permitamos el infiltrar de orientaciones extrañas a nosotros mismos, porque sino puede llegar el momento en que las reglas vengan impuestas a través del Gran País del Norte. Esa es la lucha a la que los invito.[13]

Estas reacciones me recuerdan a las de John Nash en la película "Una Mente Brillante", cuando ve en todo, hasta en las publicaciones más inofensivas, actos del espionaje ruso dirigidos a atentar contra su país. Sólo que en este caso, las alucinaciones hacen ver "espías norteamericanos".

Existe incluso una versión más curiosa, en la que no solo se le acusa de imperialismo, sino de "imperialismo pirata" o simple copia de lo que algún europeo ya había descubierto antes. Así, según esta posición, los norteamericanos han copiado algo que se llama "método estimulo respuesta" y han ocultado su copia bajo el nombre de AED para ocultar su acto de piratería. Así como en las películas de espías estos se roban los planos de las armas para usarlas contra los países que las inventaron, los anglosajones han hecho lo mismo y nos están dando una "sopa de nuestra propia medicina".

Tampoco exagero. Basta revisar la siguiente cita:

> Como se ha demostrado, los verdaderos y auténticos creadores del método de investigación "estímulo-respuesta" han sido los juristas alemanes Ihering y Heck, quienes sentaron las bases; y fue perfeccionado finalmente por juristas hispanos: Manuel García Amigo, Luis Recasens Siches y Jaime Guasp. Esto es necesario recalcarlo bien porque este método ha sido copiado y rebautizado por los anglosajones como "Análisis Funcional". Dicha copia pretende disfrazar su supuesta originalidad en el fundamento de "Law and Economics" en el que se exagera el aspecto económico de la realidad social".[14]

La cita es curiosa por que, si bien identifica los orígenes del AED en el llamado Análisis Funcional, pierde la perspectiva de cuales son sus aportes.

[13] Palacios, Eric, "La conversión y la heterointegración de los negocios jurídicos", Tesis para optar por el título de Abogado, Lima, 1995.

[14] Torres Méndez, Miguel, *Estudios sobre el Contrato de Compraventa,* Grijley, Lima, 1993, p. xii.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Desconozco a que se refieren con el llamado "método estimulo-respuesta". Nunca he oído hablar de ese método como una corriente de pensamiento. Pero si queda claro que los fundadores y cultivadores del AED ya han obtenido varios Premios Nobel de Economía (Coase, Becker, Buckanam, entre otros) y los que no lo han obtenido han logrado reconocimiento mundial como Calabresi, Posner, Epstein o Demzet y dudo mucho que los autores de una acto de piratería privada de originalidad pudieran haber merecido un galardón o reconocimiento atribuible a los juristas alemanes. En todo caso lo que puedan tener en común con otras posiciones basadas en concepciones realistas o funcionalistas, no privan al AED de su originalidad y del reconocimiento que merece por el aporte que ha hecho al pensamiento jurídico y al pensamiento económico.

Lo que queda claro es que bajo este tipo de esquizofrenia, los académicos dogmáticos suelen reaccionar frente al AED como los mexicanos reaccionaron en la época de la guerra con los Estados Unidos cuando gritaban: "Green go home" ("Verdes, váyanse a casa", en alusión al color de sus uniformes), expresión de la que luego se derivaría la palabra "gringo". Piden así que se lleven el AED a otro lado y que dejen a la teoría del razonamiento circular vivir en paz y a la jurisprudencia de conceptos intocada.

El punto de partida de todas estas posiciones parte de un serio error de comprensión. El AED no es el sistema del *common law* y está muy lejos de serlo. Si usted evalúa qué hace un abogado norteamericano en su ejercicio profesional, descubrirá que no es un experto en AED y que está además muy lejos de serlo. Muchos abogados en los Estados Unidos tienen un conocimiento tan rudimentario del AED como el que muchos abogados latinoamericanos tenemos de las teorías de Santo Tomas de Aquino. Y pueden ejercer razonablemente su profesión sin saber nada de AED como cualquier de nosotros puede ir tranquilo a litigar un caso o absolver una consulta sin saber nada de lo que dijo Santo Tomás. Si bien algunos conceptos del AED se han incorporado al sistema legal y ya gozan de cierta aceptación general, el AED esta lejos de ser una aproximación extremadamente popular y mucho más lejos aún de ser la tendencia dominante. Es una forma de pensamiento con un gran valor instrumental, pero no tiene que ver con como se concibió el *common law*, el que ni siquiera es una creación norteamericana, sino inglesa, que apareció en el mundo literalmente siglos antes de que Coase, Calabresi y Posner comenzarán a formar las bases del AED en la década de los sesentas.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Es más, si alguien quisiera trasladar el pensamiento jurídico anglosajón a otro país, usar el AED para lograr ese objetivo es una muy mala idea. Y es que el AED no tiene nada que ver, al menos en su estructura, con el sistema de precedentes jurisprudenciales. Es como pretender que porque Kelsen era austriaco, el positivismo fue diseñado como un mecanismo para imponer el derecho austriaco en el mundo.

Así, que haya sido en los Estados Unidos donde se desarrollo esta línea de pensamiento sólo ha implicado que los ejemplos más comunes citados en los libros de texto de AED se refieran a jurisprudencia o normas norteamericanas. Pero las herramientas conceptuales pueden ser usadas, sin perder en nada su capacidad analítica, a cualquier otra forma de sistema jurídico.

No olvidemos que el AED es antes que un conjunto de propuestas sobre cómo debe ser el Derecho, una metodología para analizarlo. Como tal, no propone en sí mismo adoptar ningún esquema legal particular, y es posible encontrar académicos que defienden con tanta fuerza la superioridad del sistema de *common law* sobre el sistema romano-germánico, como otros académicos (muchos norteamericanos) que defienden precisamente la tesis contraria.

2. *"La Invasión Neoliberal"*

En esta versión de la esquizofrenia los autores de la invasión no son precisamente (o solamente) los norteamericanos, sino un grupo de pensadores "neoliberales" que han visto en el AED la posibilidad de vender sus ideas con un esquema seductor y efectista. Es pues una suerte de "Caballo de Troya" lleno de contenido ideológico empaquetado en una apariencia de escuela académica. La alucinación, en este caso, es la existencia de una suerte de "cofradía" o "hermandad" ideológicamente determinada que tiene como propósito convencer a todos de que la intervención del Estado es mala.

Pero si recordamos que, a fin de cuentas, el AED no es otra cosa que la aplicación del método económico al Derecho, veremos cuan absurdo es el planteamiento esbozado. Existen economistas para todos los gustos. Los hay ortodoxos y heterodoxos, liberales y marxistas, keynesianos y austriacos. Y de la misma manera hay gente que hace análisis económico desde todas esas diferentes perspectivas. Así, existen posiciones marxistas o socialistas dentro de AED.

Existen incluso representantes de gran impacto en el AED, como Guido Calabresi, que son considerados bastante alejados de las llamadas "tesis neoliberales". Calabresi es considerado un académico de centro izquierda

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en su país y sin duda que lo califiquen como un "neoliberal" es algo que el no entendería.

Si bien es cierto que existen importantes representantes del AED que profesan ideas de defensa de la libertad económica, el AED es una herramienta que en su variante normativa, puede ser utilizada para generar marcos regulatorias bastante intervencionistas, justificando la intervención del Estado en la actividad económica (sino basta revisar el uso de la teoría de las externalidades para justificar la intervención del Estado en temas como derecho ambiental o protección al consumidor). Muchas de las agencias regulatorias, ninguna de las cuales sería defendida por un liberal, usan continua y activamente el AED. Así, el AED, como la economía misma, se han utilizado tanto para sustentar posiciones de liberalización y reducción de la presencia del Estado como para sostener la necesidad de una participación activa de ese mismo Estado.

No se puede negar que el AED, ha servido para sustentar propuestas de liberalización y privatización. Muchos de los académicos involucrados en AED propugnan ideas de libertad y menos presencia del Estado. Pero incluso hasta el uso del término "neoliberal" tiene una connotación efectista. No conozco ningún académico que se precie de ser calificado como "neoliberal". Se califican como liberales. El llamado neoliberalismo es una suerte de "rebautizo" del liberalismo para darle una connotación de algo que fue superado y ahora regresa. Es casi como hablar de "neonazis", es decir, gente que trata de rescatar algo que nadie aceptaría.

En síntesis, la "alucinación" de la "invasión neoliberal" no es sino una confusión de la herramienta con la ideología o percepción del mundo que puede estar detrás para dirigirla. Y, al hacerlo, se pierde la oportunidad de usar una herramienta que es útil.

3. *"Van a Extinguir los Unicornios"*

En una época la gente creía en los unicornios. Como los demás animales, vivían en las profundidades del bosque. Se les consideraba animales especialmente inteligentes y era muy difícil encontrarlos. Rara vez habían sido vistos y, cuando ello ocurría, había sido en la penumbra de la oscuridad y por una fracción de segundo. A pesar de estas dificultades, se escribieron tratados completos que los estudiaban y que hacían conjeturas sobre su apariencia y hábitos.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

De pronto, un día, la gente dejo de creer en los unicornios, lo que los convirtió en una suerte de símbolo de lo imaginario, que existían solo en leyendas y mitos. La especulación sobre ellos toma la dimensión no de lo real, sino de lo imaginario, de lo creado por la mente humana.

¿Son los unicornios reales? Sí lo son y, como bien señala el profesor Paul Campos, autor de esta metáfora de los unicornios, la pregunta es ¿reales en que sentido? Es evidente que sabemos que no encontraremos unicornios deambulando por los bosques. En ese sentido ya no son reales. Pero los unicornios siguen existiendo en un sentido más limitado, para algunos propósitos. Se estudian como creación de la imaginación humana. Se estudia como se concibió, como se reflejaron en las leyendas y mitos, y qué motivó su aparición y simbolismo. Es sólo en este aspecto que los unicornios son una realidad.

En ese sentido, los unicornios no son como los caballos. No se pueden encontrar en un lugar determinado y describirlos en base a una constatación por nuestros sentidos. Pero pueden ser estudiados y analizados como una idea creada por la mente humana.[15]

A veces entendemos el Derecho como un caballo y no como un unicornio. Pero el Derecho se parece más a los unicornios que a los caballos. Las instituciones jurídicas son, en términos de Campos, un estado de la mente, una idea que sólo existe como tal.[16] Por tanto, mueren (se extinguen) tan pronto aparece una nueva idea que la reemplaza. Su muerte es inevitable cuando una institución, al perder fondos en la moneda de los hechos, se quiebra, y es entonces reemplazada por otra diferente.

Pero algunos creen que el Derecho es como los caballos y temen que nuevas ideas "los extingan" y convierta a las instituciones jurídicas en una suerte de "pájaros Dodos prehistóricos".

Algunos esquizofrénicos ven a quienes propugnan el AED como una suerte de cazadores furtivos de unicornios, personas que, aprovechándose de la oscuridad e imprecisión en la se mueven los conceptos, van a disparar sobre ellos y matarlos para eliminarlos de la vida del hombre. Van a extinguir los unicornios.

Este razonamiento se expresa en términos tales como "va contra todo lo establecido", "atenta contra toda nuestra tradición jurídica", "pretenden sustituir al Derecho por instituciones económicas", entre otras.

Pero los unicornios no existen en la forma que se ven en este tipo de esquizofrenia. Aquí la alucinación inicial es cómo ven al Derecho mismo,

[15] Campos, Paul, *Jurismania. The Madness of American Law,* Oxford University Press, 1998, pp. 104-107.

[16]. *Ibídem.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cómo se imaginan al derecho como un unicornio que vive, y que como tal puede morir.

Pero la alucinación no termina ahí, sino que sigue con ver al AED como un intento de cometer ese homicidio conceptual.

El AED no propone, sin embargo, acabar con el Derecho ni eliminar el uso de conceptos. Solo propone entender que esos conceptos no tienen vida en sí mismos, sino que son instrumentales y su valor radica en su capacidad para permitirnos regular de manera adecuada la conducta humanan. No pretende eliminar los unicornios (que dicho sea de paso no pueden ser "matados" en el sentido que se percibe en este tipo de esquizofrenia), pero sí tener unicornios útiles.

Dar un baño ácido de realismo a estos "unicornios jurídicos" no puede ser percibido como un intento de matar al Derecho, sino de acercar el Derecho a los hombres y a las soluciones que esos hombres necesitan.

Es posible que quienes investigaban y estudiaban los unicornios cuando se creía que ellos existían, se hayan escandalizado de manera parecida a como cuando a alguien se el ocurrió la idea de que los unicornios eran solo creación del hombre y que, como tales, debían ser estudiados en esa limitada percepción de la realidad. Quizás hayan criticado el realismo de considerar que los unicornios dejaron de pertenecer a la categoría de los caballos, para pasar a la categoría del producto de la imaginación humana. Pero esos esquizofrénicos no le temen al AED, le teman a la realidad, porque se sienten más seguros en su paraíso de conceptos.

4. *"Todo es Irreal"*

Casi todas las esquizofrenias tienen en común considerar al AED como irreal. Señalan que su afán por simplificar la realidad lo aleja de ser una herramienta útil. La crítica central bajo esta perspectiva es que el uso de modelos es la debilidad principal del AED frente a las visiones más dogmáticas.

Bajo este tipo de esquizofrenia se pierde la perspectiva que el punto de partida es aún más irreal. La dogmática parte también de modelos, es decir de esquemas que se abstraen de la realidad. Solo que al hacerlo pierden totalmente la función explicativa que un modelo.

En este tipo de esquizofrenia se trata de convertir la mayor fortaleza del AED en una debilidad, sin advertir el "efecto bumerang" de la crítica.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El "paraíso de conceptos" también se basa en "modelaje". Los conceptos jurídicos, en su supuesta pureza conceptual, son simplificaciones, aunque no me atrevería siquiera a llamarlas "simplificaciones de la realidad".

Así lo que diferencia al AED de otras aproximaciones al Derecho no es el uso o no de simplificaciones, sino la técnica de simplificación. El AED trata de identificar los elementos relevantes para explicar un problema, para a partir de ellos construir su modelo de predicción. Por el contrario otras aproximaciones simplifican sin explicar el por que del uso de ciertas premisas.

Se suele decir que el mundo no es como lo dibuja el AED. Pero es esa precisamente su ventaja. Los modelos no se construyen para pretender que ellos reemplacen a la realidad. Los modelos se construyen para explicar un aspecto de esa realidad.

Cuando un arquitecto hace una maqueta de una casa no pretende decir que dicha maqueta es la realidad, y quien critique la maqueta por ser muy pequeña o estar hecha de cartón y no de cemento como la casa real que se quiere construir, está perdiendo el punto central. Precisamente se simplifica el tamaño y los materiales para explicar solo un aspecto: la distribución y perspectiva de la casa. Permite visualizarla, siempre que se sea consiente de que no se hace la maqueta para vivir en ella.

La crítica así formulada cae por su propio peso, y sólo muestra la desesperación por cuestionar algo sin darse cuenta que lo mismo se puede decir de la propia concepción conceptual del Derecho, con el agravante de que en ella no se considera siquiera cuáles son las variables relevantes.

Todo modelo se basa en ciertos presupuestos cuyo valor no esta en su realismo, sino en su capacidad explicativa. Uno de los más criticados es el que los seres humanos actúan racionalmente para maximizar beneficios. Se contesta que el mundo real los individuos no se comportan racionalmente ni necesariamente tratan de maximizar su bienestar. Pero ello es como criticar la maqueta por que la mayoría de las casas no son de ese tamaño.

Incluso si se aceptara (cosa que en principio creo que es equivocada) que no todos los individuos son racionales, si es posible usar esa premisa para demostrar que en el agregado las personas se comportan racionalmente. Ni siquiera es necesario demostrar que la mayoría de los individuos son racionales para concluir que los agentes económicos no se comportan en el agregado racionalmente. Si asumiéramos que los individuos son irracionales, entonces estos se comportan "random", es decir aciertan o no aciertan medidos por el azar y no por la inteligencia.

Asumamos a los individuos agrupados bajo la categoría de consumidores. ¿Se puede concluir que los consumidores en el agregado se comportan irracionalmente? La experiencia parecería conducirnos a una respuesta negativa

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

a la pregunta. Nada explicaría la continua mejora de precios y calidades de los productos en los últimos años si los consumidores se comportaran irracionalmente. Y para demostrar que el modelo de individuos racionales tiene capacidad explicativa no es necesario demostrar que la mayoría son racionales. Basta un número relativamente reducido de racionales para que el modelo de predicción sea útil.

Si los consumidores irracionales actúan "random", entonces los proveedores no se preocuparan en ofrecer mejores términos y condiciones para ganar a esos consumidores. Si deciden en base al azar, entonces nada se consigue ofreciendo mejores términos a ellos. Pero si hay un grupo de consumidores racionales que si analiza esos aspectos, sí se podrá mejorar las ventas si se hacen mejores productos a mejores precios. Dado que hay un grupo de racionales (a los que vamos llamar "*searchers*" o "buscadores") los competidores buscarán capturar sus preferencias. Pero dado que en muchos mercados no es posible diferenciar "*searchers*" de irracionales, las condiciones generadas por la actitud de los racionales beneficia a los irracionales que se vuelven *free riders* o beneficiados por una externalidad positiva generada por un grupo reducido de racionales. Basta pensar en una tienda de abarrotes, en la que una vez colocado el producto en el escaparate no es posible diferenciar cuándo el que compra es irracional para venderle más caro o bajarle la calidad o condiciones. Todos los consumidores se beneficiarían de qué un pequeño grupo de consumidores sean exigentes.

Si eso es así, el modelo de consumidores racionales tiene capacidad explicativa así se demostrara que la mayoría de los consumidores no son racionales (que como dijimos es algo de por sí cuestionable). Y la observación empírica muestra que el modelo funciona. La premisa de que a mayores precios la cantidad demandada cae se basa en la idea de racionalidad individual y es consistente con el modelo explicado. La gente trata de gastar menos y trata de obtener lo más posible al menor costo posible. Si todos tratan de hacer ello, es irrelevante si es que la acción de un grupo reducido logra el mismo efecto en el mercado.

Lo que ocurre es que este tipo de esquizofrenia ve fantasmas donde no existen. Confunde al modelo con la realidad, quizás guiado por el hecho de que confunde conceptos (alucinaciones) con realidades. Al no distinguir una cosa de la otra no es de extrañar que se critique aquello que es precisamente la debilidad principal de su forma de pensar: convertir conceptos en realidades, es decir, creer en sus alucinaciones.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La "trampa" en los modelos no esta en su uso, sino en confundirlos con la realidad. Es evidente que un modelo es utilizado conscientemente para alejarnos de la realidad, pero con el fin de comprenderla. Cuando se quiere que modelo sea como la realidad, le privamos de su capacidad explicativa, y con ello renunciamos a intentar comprender la realidad al menos en parte de su complejidad. A veces para saber hay que renunciar a ser como Dios, y asumir que nuestra imperfecta naturaleza humana no nos permite entender todo, sino solo una parte mínima de la realidad. Pretender saber y entender todo nos conducirá a no saber ni entender nada, error en el que el AED intenta no caer.

5. *Los "Homicidas de la Justicia"*

Finalmente, y aunque consideramos que pueden aún hacerse más caracterizaciones de las esquizofrenias vinculadas al AED, trataremos una última referida a la idea de que esta tendencia del pensamiento se orienta a desplazar la justicia de los ideales que inspiran al Derecho.

La crítica, además de su contenido esquizofrénico, lleva implícita una objeción moral al AED, al que acusa de sustituir valores por un concepto utilitarista al que se denomina "eficiencia".

No dudo que existen tendencias utilitaristas dentro del AED. Pero extender la crítica al AED en general es, paradójicamente para quienes levantan esa crítica, injusto.

En primer lugar el propio concepto de eficiencia tiene un contenido valorativo. Como bien dice Calabresi, si bien se dice que el AED puede estar tratando de reemplazar la justicia por la eficiencia, tal posición pierde de vista que en un mundo donde los recursos son escasos, desperdiciar es injusto.[17]

Si se considera que desperdiciar no importa, entonces uno puede entender la crítica. Pero las decisiones legales conducen a que unos ganen y otros pierdan. Y cuando los recursos se desperdician, puede ser que todos pierdan o que se pierda más de lo que se gana. Ello conduce no solo a que haya menos riqueza, sino a que haya más pobreza. Si evitar que aumente la pobreza carece de contenido valorativo, entonces la crítica podría comenzar a tener algún fundamento.

Pero el tema no culmina allí. Incluso si se asumiera que la eficiencia carece de todo contenido valorativo, ello no descalifica al AED. Incluso si uno quiere decidir sobre la base de criterios de justicia, que dicho sea de paso son

[17] Calabresi, Guido, "Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?", *Ius et Veritas*, vol. 4, 1992, p. 90.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

casi imposibles de definir de manera pacífica, saber cuánto cuesta ser justo es un elemento central. Ello porque no se puede invertir lo que no se tiene, y medir la escasez de los recursos como un elemento a considerar pone a la justicia en contexto de realidad. No toda solución deseable es posible. Si uno considera que es justo que todos tengan una casa con piscina, menudo favor haríamos a la humanidad si creemos que dar una Ley que diga eso conseguirá por sí sola el efecto deseado. Construir casas con piscina tiene un costo evidente que el mero texto de la Ley no puede solventar.

En esa línea, no considerar que una norma que protege al deudor y que se considera justa, pueda reducir los niveles de crédito y generar menor inversión y desarrollo, es sacar la justicia de la realidad, lo que a su vez nos impide visualizar muchas otras probables injusticias que rodean una solución aparentemente justa. Descubrir y evaluar las ineficiencias de una decisión aparentemente justa es una manera de descubrir otras formas de injusticia.

En esa línea, poner las decisiones aparentemente justas en el contexto de la escasez que nos presenta el mundo real, es asumir la justicia con responsabilidad. Si finalmente se opta por la decisión considerada justa a pesar que se piensa que es ineficiente, se tomará una decisión informada y, por tanto, responsable. En cambio, una justicia irresponsable puede convertirse en la peor de las injusticias.

Así, como en otros casos, los esquizofrénicos ven en el AED algo que el AED no es. Nada en el AED lleva a descartar concepciones valorativas. Lejos esta en la concepción del AED descartar la justicia como valor, menos aún está la intención de matarla. Por el contrario está en su base poner al servicio de la justicia una herramienta adicional que los abogados solemos pasar por alto: aquella dirigida a evitar el desperdicio.

IV. Conclusión

Como en la física, la Ley de la Inercia está presente en la vida del Derecho. Cambiar el *status quo* implica enfrentar la energía estática y se requiere una fuerza dinámica mayor para impulsar el cambio. La resistencia al cambio toma muchas formas. Y así, nada llamado a tener un impacto está libre de controversia. En ocasiones esa resistencia es el ejercicio legítimo de quienes creen en lo que existe luego de haber comprendido lo nuevo. Pero en ocasiones la resistencia es consecuencia de una suerte de flojera intelectual que rechaza lo nuevo sólo por no darse el trabajo de comprenderlo y estudiarlo. Finalmente quedarse con lo existente termina siendo más cómodo y enfren-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tar el cambio implica un esfuerzo que no necesariamente se está dispuesto a emprender.

Pero rechazar lo nuevo sin conocerlo implica dar razones para rechazar lo que no se conoce. Y como no se conoce y algo hay que decir, se viven alucinaciones que explican lo inexplicable. En esas alucinaciones se recrea el AED para hacerlo parecer como algo que no es.

Pero esa esquizofrenia no es atribuible solo al AED. En realidad, la locura no está tanto en la percepción de lo nuevo, sino en cómo se percibe lo antiguo, es decir cómo se percibe el Derecho desde la perspectiva tradicional. La verdadera locura esta en la "jurisprudencia de conceptos", en su irrealismo y en su incapacidad de renunciar a ser lo que es.

Alguna vez un médico formado en medicina oriental me comentó que toda enfermedad no era otra cosa que un desequilibrio entre lo que el cuerpo o la mente necesitan y lo que tienen. Salud es entonces equilibrio, desequilibrio es enfermedad. La esquizofrenia jurídica puede también ser calificada como una enfermedad de la vida social, aquella generada por un desequilibrio entre la dosis de realidad que la sociedad necesita del Derecho y la realidad que el Derecho, tal como lo hemos concebido, está en capacidad de darle. La cura a esta esquizofrenia no está en aceptar o no el AED. Está en aceptar que el Derecho puede ser distinto a como lo hemos concebido siempre. Quizás eso sea lo único por lo que el AED debe ser estudiado y aprendido: el ayudarnos a pensar el Derecho de otra manera a aquella a la que estamos acostumbrados.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliografía Citada*

BECKER, Gary, "El enfoque económico del comportamiento humano", *Información Comercial Española*, vol. 557, enero 1980.

BECKER, Gary. "Crime and Punishment: an economic approach", *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968.

BULYGIN, Eugenio. *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*, Abeledo Perrot, 1961.

CALABRESI, Guido and MELAMED, Douglas, "Property Rules. Liability Rules and Inalienability: A view of the Cathedral", *Harvard Law Review, vol.* 84, 1972.

CALABRESI, Guido, "Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?", *Ius et Veritas*, vol. 4, 1992

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CALABRESI, Guido, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Aproach*, New Haven and London, Yale University Press. 1970.
CAMPOS, Paul. *Jurismania. The Madness of American Law,* Oxford University Press, 1998.
COASE, Ronald, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, Vol.,3, 1960.
COHEN, Felix., *El Método Funcional en el Derecho*, Buenos Aires, Abelado-Perrot.
HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica,* Madrid, Editorial Civitas, 1981.
PALACIOS, Eric, "La conversión y la heterointegración de los negocios jurídicos", Tesis para optar por el título de Abogado, Lima, 1995.
TORRES LÓPEZ, Juan, *El Análisis Económico del Derecho.* Tecnos, 1987.
TORRES Méndez, Miguel, *Estudios sobre el Contrato de Compraventa,* Grijley, Lima, 1993.

2. *Bibliografía Recomendada*

BULLARD, Alfredo, Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales, Lima, Palestra, 2003.
CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", Yale Law Journal, vol. 70, 1961.
GUESTRIN, Andrés, *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Abacom, 2004
LANDES, William y POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Mas: Harvard University, 1987.
POLINSKY, Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, 3rd ed., Aspen Publishers, New York, 2003
POSNER, Richard A., "A Theory of Negligence," Journal of Legal Studies, vol. 1, 1972.
_____, *Economic Analysis of Law*, 8th ed., Aspen Publishing, New York Press, 2010.
ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1994
SPECTOR, Horacio, *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Buenos Aires: Rubinzal y Asociados Editores, 2004.
TORRES LÓPEZ, Juan, *El Análisis Económico del Derecho.* Tecnos, 1987.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 21
PLURALISMO JURÍDICO

Pablo Iannello*

Sumario. I. *Introducción*. II. *Antecedentes y surgimiento del pluralismo jurídico*. III. *Contribuciones en la conceptualización del pluralismo jurídico*. IV. *El pluralismo jurídico y la teoría de sistemas*. V. *Límites y Críticas al Pluralismo Jurídico*. VI. *Perspectivas sobre el concepto de pluralismo jurídico. El pluralismo jurídico en la práctica. Un caso paradigmático.* VI. *Conclusiones* VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

El pluralismo jurídico ha sido entendido como uno de los conceptos clave en la visión postmoderna del derecho, en la cual se da la coexistencia de espacios legales superpuestos interconectados e interrelacionados, y la vida de la gente está alcanzada por la inter-legalidad de dichos sistemas normativos.[1] Por tales motivos esta idea ha cobrado una gran importancia a la hora de entender el derecho en una sociedad global y multicultural.

La visión tradicional del pluralismo jurídico surgió como una expresión de resistencia a la posición dominante de los estados nación a partir de los procesos de descolonización que tuvieron lugar durante las décadas del 50, 60 y 70. A partir de los estudios que la antropología legal había elaborado con anterioridad, los teóricos del derecho intentaron esbozar teorías cuya pretensión era mostrar que aquello que había sido denominado como "derecho" por los juristas a partir del siglo XVII y XVIII resultaba insuficiente para explicar una cantidad de comportamientos observados en diferentes sociedades no occidentales. A partir de allí se intentó proponer una teoría que mostrara la insuficiencia de las categorías contractualistas clásicas para permitir la inclusión de diferentes realidades culturales con sus propias

* Director del departamento de Ec. y Cs. Políticas ESEADE. Profesor UADE – UBA.

[1] Sousa Santos, Bonaventura de, "Law: a map of misreading: Toward a post-modern concept of Law", *Journal of Law and Society*, vol. 14, núm. 3, 1987, pp. 279-302.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

nociones de normatividad. En esta línea Sousa Santos expone al respecto que:

> La lógica operativa del contrato social se encuentra, por lo tanto, en permanente tensión con su lógica de legitimación. Las inmensas posibilidades del contrato conviven con su inherente fragilidad. En cada momento o corte sincrónico, la "contractualización" es al mismo tiempo abarcadora y rígida; diacrónicamente, es el terreno de una lucha por la definición de los criterios y términos de la exclusión/inclusión, lucha cuyos resultados van modificando los términos del contrato.[2]

Sin embargo esta concepción ha planteado serios inconvenientes con el concepto de derecho, como así también con la determinación de los verdaderos límites del fenómeno legal.

Las siguientes líneas buscan presentar una descripción de las diferentes posiciones dentro de la corriente denominada pluralismo jurídico, como así también la evolución que ha presentado este pensamiento dentro del derecho. Luego se presentan las principales críticas que ha soportado la noción de pluralidad de órdenes normativos y las posibles respuestas a las mismas. A partir de allí se desarrollan brevemente algunas inconsistencias sobre la idea de pluralismo jurídico y la innecesaridad de algunas categorías tradicionales propuestas por este enfoque. Finalmente se presentan algunas líneas, a modo de conclusión, que podrán servir para futuras investigaciones.[3]

II. Antecedentes y surgimiento del pluralismo jurídico

Los antecedentes más remotos del pluralismo jurídico pueden encontrarse en las primeras explicaciones del derecho como fenómeno social. Esta idea está basada en la afirmación que aun las sociedades más antiguas poseían algún tipo de orden el cual podía calificarse como jurídico. La literatura considera a Sir Henry Maine como uno de los pioneros en estudiar la evo-

[2] Sousa Santos, Bonaventura de, *Reinventar la democracia, Reinventar el estado*, Sequitur, Madrid, 1999, p. 51.

[3] Toda vez que el pluralismo jurídico encontró sus raíces en la antropología legal, muchos de los estudios referidos al tema cuentan con investigaciones de campo culturas no occidentales. En tanto este trabajo busca analizar la teoría en abstracto desde un ángulo filosófico y no sociológico o antropológico, he intentado realizar la menor cantidad de referencias posibles hacia dichos tipos de trabajo sin que ello implique restarle importancia a aquellas contribuciones, pues fueron las que permitieron elaborar los conceptos fundamentales del pensamiento en estudio.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

lución de las estructuras jurídicas de las sociedades primitivas a partir de las nociones de parentesco/individuo y estatus/contrato.[4]

Otros antecedentes pueden encontrarse en teorías de corte netamente sociológico. Así Durkheim también contribuirá al estudio de las relaciones entre el derecho y la sociedad, formulando a la vez una crítica contundente a la noción individualista planteada por el contractualismo de Hobbes y Locke. Frente a la teoría del contrato social, Durkheim estructurará su explicación del derecho como fenómeno de solidaridad mecánica y orgánica. De esta manera lo jurídico resulta una manifestación de las condiciones sociales existentes. En esta línea Radcliffe-Brown, sin negar la idea de solidaridad durkhemiana, entiende que las normas dependerán de la estructura social; la cual es definida como conjunto de pautas entre individuos y grupos. En esta propuesta, la función del derecho es mantener el equilibrio funcional y su violación genera la aplicación de sanciones que tiene por finalidad restaurarlo. Finalmente, Pritchard desarrolló la idea de selección situacional, según la cual los protagonistas en una situación de conflicto seleccionaban dentro de un menú de opciones normativas aquellas que mejor se adecuaban a sus objetivos para resolver un conflicto.[5]

También en la obra de Malinowski puede encontrarse una definición del derecho asociada a la idea de control social. Según este autor el derecho debía definirse por su función y no por su forma. En tal sentido, la función del derecho era la de mantener el orden social, el cual puede encontrarse en pautas regularizadas de comportamiento concreto. Así, el derecho son abstracciones de pautas concretas de comportamiento que resultan del orden social. De esta forma el derecho es tan plural como la sociedad misma.[6]

Por su parte, Eugene Elrich también contribuyó con la evolución del concepto de pluralismo jurídico.[7] A partir de la idea de "derecho viviente" propone la idea de que derecho no es sinónimo de centralismo estatal. El derecho ordena cada tipo de asociación humana y a partir de estas asociaciones se producen normas de control social a partir de las cuales surge el derecho.

[4] Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, vol. 22, núm. 5, 1988, pp. 869-896.

[5] Malinowsky, Bronislaw, "Crime and Custom In Savage Society", London, Routledge, 1926.

[6] *Ibidem,* p. 2.

[7] Elrich, Eugene, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1968.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Lo que más vale la pena destacar del trabajo del Elrich no es el concepto de derecho vivo en la manera que hoy se comprende, es decir como pluralidad de órdenes normativos, sino que lo que se entiende por derecho se encuentra vivo en la cotidianeidad de una sociedad.[8]

Elrich distinguió el derecho vivo de aquel contenido en las proposiciones normativas que resultaban aplicadas por las cortes. El derecho era en cambio la práctica de lo que la sociedad denominaba derecho.[9] Entiendo que una de sus principales contribuciones a la noción de pluralismo jurídico proviene de a enfocar el estudio del derecho desde las condiciones de adaptabilidad de las normas.[10]

A partir de las décadas del sesenta y setenta floreció la tendencia de analizar al derecho desde una perspectiva diferente de la denominada *centralismo jurídico*. Las causas que favorecieron este tipo de estudios estuvieron asociadas, como ya se mencionó, con el proceso de descolonización de África y Asia; como así también un renovado interés por parte de los juristas en el estudio del derecho de dichos pueblos. Fue entonces que el derecho abordó una serie de estudios que tradicionalmente habían estado relegados a la antropología. Los teóricos del derecho necesitaron conceptualizar estructuras normativas que muchas veces no encuadraban en la estructura propia de los estados occidentales en términos propios, independientes de la antropología, que permitieran capturar los problemas de la existencia de "otras formas de derecho".

El estudio del pluralismo jurídico implica un amplio rango de propuestas, que abarcan desde las interrelaciones entre sistemas jurídicos de tradición occidental y órdenes normativos indígenas; hasta el estudio de diferentes sub sistemas jurídicos existentes en la países industriales. Cada una de estas propuestas conlleva una definición propia del fenómeno del derecho plural. En la actualidad algunos juristas han entendido que el concepto de pluralismo jurídico es fundamental para la construcción de una teoría del derecho postmoderna y global.[11]

La literatura ha realizado diferentes clasificaciones del concepto de pluralismo jurídico entre los estudios referidos al "pluralismo clásico" y el denominado "nuevo pluralismo jurídico". El primero de los conceptos se conecta con los estudios jurídicos basados en la recepción de derechos oc-

[8] Tamahana, Brian, "A Vision of Social Legal change: Rescuing Ehrlich from 'Living Law'", *Law & Social Inquiry, vol.* 36, núm. 1., 2011, pp. 297-318.

[9] *Ibidem*, p. 299.

[10] *Ibidem*, p. 311.

[11] *Ibidem*, p. 298.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cidentales con tradiciones jurídicas indígenas. Un ejemplo de este tipo de estudios radica en las comparaciones que se han realizado respecto de noción de propiedad occidental vs. la justificación de la ocupación de la tierra por parte de los pueblos originarios. Mientras que los pueblos indígenas tienen con la tierra una relación de naturaleza espiritual, con claros contenidos de religiosidad; una relación que no se limita o, más propiamente, trasciende a la esfera estrictamente patrimonial o económica; la concepción occidental de propiedad consiste en la existencia de un título que justifique dicha posesión.[12]

La realización de este tipo de estudios sobre la coexistencia de órdenes normativos generó, más allá de su riqueza etnográfica, una serie de conceptos que fueron luego aplicados al estudio de sociedades no colonizadas. Entre los principales se han mencionado: a) la interacción de diferentes órdenes jurídicos con estructuras conceptuales sustancialmente diferentes; b) la atención dedicada a la elaboración de la costumbre histórica en una cultura jurídica determinada; c) la dialéctica que pueda existir entre los órdenes jurídicos coexistentes.[13]

Un cambio en el enfoque de los estudios sobre pluralismo jurídico se dio en la década de 1970. A partir de ese momento se iniciaron nuevos estudios que aplicaron la idea de órdenes jurídicos múltiples a sociedades no colonizadas. Ello fue producto del retorno a las aulas de los antropólogos que habían realizado trabajo de campo durante los años cincuenta y sesenta. Este nuevo enfoque busca relacionar la existencia de distintos niveles normativos que coexisten en una sociedad en un determinado momento y que si bien se encuentran interconectados poseen algún tipo de independencia respecto del orden central. Claro que estas nuevas propuestas tenían sus propias dificultades. Concretamente en este caso ocurría que las formas de órdenes normativos no estatales resultaban más difíciles de detectar.

Sin perjuicio de las clasificaciones previamente mencionadas, el denominador común que se puede encontrar en los estudios sobre pluralismo jurídico es un desplazamiento del estudio de las normas generadas por el aparato propio del Estado, análisis propio de la tradición racionalista positivista, a otras formas de ordenamiento normativo generadas más allá de los límites del estado.

Desde una perspectiva crítica se sostiene que el pluralismo jurídico surgió con un objetivo principalmente instrumental, que consistió en combatir

[12] Vázquez, Gabriela, "La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. A propósito de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009." *Suplemento Jurisprudencia Argentina* de 25/11/2009.

[13] Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism", *op. cit*, p. 873.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

la pretensión de lo que se denomina centralismo jurídico. Ello porque el derecho desarrollado por el estado no es verdadero derecho. Las concepciones que intentan explicar el fenómeno jurídico desde una perspectiva intercultural rechazan la idea de un derecho estatal simplemente porque el estado es una realidad contingente geográfica y temporalmente.

III. Contribuciones en la conceptualización del pluralismo jurídico

Desde las perspectivas antropológicas se ha aceptado que una de las conceptualizaciones más acabadas de pluralismo jurídico fue aquella desarrollada por Leopold Pospisil.[14] Este autor fue uno de los primeros en sostener una visión amplia del pluralismo jurídico no reducida a la definición estatal/no estatal. En su definición se establece que cada sociedad se articula en subgrupos y cada uno de ellos tiene su propio sistema legal el cual es necesariamente diferente al menos en algún aspecto.[15] Por subgrupos se entiende diferentes unidades que pertenecen a una sociedad homogénea con características estamentarias y que responden a ciertas reglas y procedimientos similares. Aquí la noción de sistema legal es un poco más amplia que la idea clásica del *"positivismo austiniano"* (ver, POSITIVISMO JURÍDICO) e incluye los sistemas de decisión judicial, como así también la idea de órdenes normativos no legales.[16] Esta propuesta permite identificar la existencia del derecho en subgrupos con independencia de la existencia de la concepción de la sociedad como un todo, de tal manera que no hay sociedad que tenga un único sistema legal coexistente, sino más bien tantos subsistemas como subgrupos existan. La existencia de niveles jurídicos múltiples plantea una visión estructuralista del fenómeno en estudio. Sin embargo el autor no realiza un estudio sobre la manera en que se estructuran estos sistemas normativos.[17]

[14] Pospisil, Leopold, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971.

[15] Griffiths, John, "What is Legal Pluralism", *Journal of legal Pluralism*, vol. 24, 1984, pp. 1-55.

[16] Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism", *op. cit*, p 870.

[17] Sierra, María Teresa y Chenaut Victoria, "Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: Las corrientes anglosajonas", Krot, Esteban (ed.) *Antropología jurídica: Perspectivas socio culturales en el estudio del derecho*, Editorial Antrophos, Barcelona, 2002, pp. 113-118.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Desde las definiciones propuestas por el derecho, la de Hooker ha sido una de las más difundidas. Este autor afirma que el pluralismo jurídico puede entenderse como aquellas circunstancias en el mundo contemporáneo que han resultado de la transferencia de sistemas legales a entornos culturales diferentes. Desde este punto de vista, un sistema jurídico es pluralista cuando existen diferentes regímenes normativos soberanos y cuando existe algún tipo de relación entre los regímenes paralelos y el sistema central.[18]

Sin lugar a dudas una de las contribuciones centrales a la idea de pluralismo jurídico fue la propuesta por John Griffiths, quien realiza la distinción entre el concepto de pluralismo jurídico propio de las ciencias sociales y la proposición jurídica del citado concepto. El primero refiere a una determinada situación empíricamente comprobable en una sociedad determinada, resultante de la coexistencia dentro de un grupo social de órdenes jurídicos que no pertenecen a un único sistema; el segundo resulta de la coexistencia de dos órdenes jurídicos que se generaron a partir del proceso de colonización por parte de los países.[19]

Este autor parte de la idea de que una de las herencias principales de la sociedad burguesa moderna es la idea de un orden legal estatal de tipo centralizado. El derecho del estado ha sido concebido de manera uniforme para todos los individuos pertenecientes al mismo, con exclusión de cualquier otro tipo de sistema legal y administrado por un cuerpo centralizado de instituciones. En este tipo de estructuras, las normas se encuentran unificadas y jerarquizadas pudiendo observarse dos direcciones: de arriba hacia abajo, dependiendo del mandato soberano; o de abajo hacia arriba, derivando su validez de normas más generales hasta alcanzar algún tipo de norma fundamental.[20]

Griffin afirma que, el carácter prescriptivo que han adoptado la mayoría de las explicaciones legales provenientes del centralismo legal, ha impedido el desarrollo de una teoría descriptiva del fenómeno del derecho. Las concepciones sobre lo que el derecho es han reflejado la idea de lo que el derecho debe ser. De esta manera, tanto los juristas como los científicos sociales se han visto privados de poder observar lo que el derecho verdaderamente es, lo cual va más allá de la idea de una jerarquía organizada de normas establecidas por el estado. A partir de esta idea, el pluralismo jurí-

[18] Merry, Sally. "Legal Pluralism", *op cit*., p. 872.
[19] Griffiths, John, "What is Legal Pluralism", *op. cit* p. 17.
[20] *Ibidem*, p. 18.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

dico estará constituido por los hechos observables por el científico mientras que el centralismo jurídico será un mito.[21]

En esta línea existen dos tipos de pluralismo jurídico: el fuerte y el débil. El primero es aquel que se entiende refleja el verdadero estado de los hechos de una sociedad, es decir un estado empírico del derecho en una sociedad; el segundo se refiere a un estado en el cual el soberano otorga validez a diferentes sistemas jurídicos permitiendo una coexistencia de los mismos. La noción de pluralismo jurídico débil conlleva necesariamente la idea de un centralismo jurídico débil.

La idea de pluralismo jurídico débil suele estar asociada a sociedades colonizadas en las cuales el orden legal central reconoce la existencia de costumbres jurídicas anteriores. Un claro ejemplo de este tipo de pluralismo jurídico es el que existió a partir de 1772 en los territorios administrados por la Compañía de Indias Orientales. Este tipo de procesos conlleva la idea de reconocimiento de las normas preexistentes las cuales deberán adaptarse a las categorías del régimen legal central.

El pluralismo jurídico no es entonces simplemente la oposición a un régimen jurídico monista. En otros términos, la existencia de diferentes reglas aplicables a diferentes estratos de la población no constituye en sí mismo la existencia de un orden jurídico plural en el sentido fuerte del término, pues como ya se indicó, puede existir el fenómeno del reconocimiento por parte de un estado de diferentes sistemas normativos.[22]

En la teoría de Griffith el pluralismo jurídico resulta de la organización jurídica de la sociedad, en tanto el derecho es uno de los mecanismos de control social disponible en diferentes ámbitos sociales, por lo tanto la coexistencia de sistemas normativos es congruente con la organización de la sociedad.[23]

Otra contribución central a la idea de pluralismo jurídico fue la propuesta por Jacques Vanderlinden, a la luz de las críticas que los juristas formularon al concepto de derecho estatal.[24] En su propuesta se distinguen tres aspectos fundamentales: a) el cuestionamiento existente del derecho como fenómeno legislativo cuyo resultado es la norma; b) la idea que todo ordenamiento jurídico tiene vocación totalitaria y esto lo diferencia de otros mecanismos reguladores, sin perder de vista que el derecho es un

[21] *Ibidem*, p. 18.
[22] *Ibidem*, p. 26.
[23] *Ibidem*, p. 54.
[24] Vanderlinden, Jacques, "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", *Revue de la Recherche Juridique*, 1993, núm. 2, pp. 572-585.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sistema regulador de la sociedad como tantos otros; c) toda sociedad practica una multiplicidad de sistemas jurídicos. Con lo cual toda sociedad es plural en cuanto a sus normas, por lo que no puede haber espacio para el monismo estatal. La propuesta del autor para la comprensión del fenómeno plural consiste en la observación de las prácticas que cada individuo realiza en la selección de normas —"*manage de for*"— en las diferentes estructuras sociales a las que pertenece.[25]

Debido al vacío que existe en las prácticas legales y provisiones normativas por parte del derecho central, existe una pluralidad de leyes sobre las cuales los individuos pueden elegir. La novedad radica en que esta situación no describe una falencia del centralismo, sino más bien la manifestación positiva de conformidad con otros sistemas.[26]

Un avance fundamental en la conceptualización del pluralismo jurídico se produjo a partir de la idea de los campos sociales semiautónomos, que se caracterizan por la posibilidad de generar reglas y garantizar su aplicación e inducir a la conformidad con dicha regla. Cada uno de estos campos contiene sus propias costumbres, utilizando términos ya citados, contienen diferentes niveles de normas legales. Su rasgo distintivo proviene de la ausencia de autonomía y de asilamiento, pero a la vez es permeable a las reglas y decisiones que emanan de grupos más grandes.[27]

Estos campos semiautónomos no están atados a un único grupo social y por lo tanto no es necesario justificar de manera autónoma su naturaleza normativa, por lo que los campos externos influencian pero no dominan al subsistema.[28]

Una conceptualización más moderna que la de Griffiths, también muy aceptada dentro de la corriente en estudio, es la propuesta por Sousa Santos quien define el derecho como un cuerpo de procedimientos regulares y estándares normativos que pueden justificarse en cualquier grupo dado, vinculado a la creación de mecanismos para la prevención y arreglo de disputas a través de un discurso argumentativo asociado a la amenaza del uso de la fuerza.[29]

[25] *Ibidem*, pp. 583-584.

[26] Baudouin, Dupret, "Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías críticas y reespesificación praxiológica", *op. cit.*

[27] Moore, Sally, "Law and Social Change: The semiautonomous social field as an appropriate subject of study", *Law & Society Review*, vol. 7, núm. 4, 1973, pp. 719-476.

[28] Vale mencionar que Moore luego reemplazo el término derecho de su definición de sistemas semi- autónomos reemplazándola por reglamentación.

[29] Sousa Santos, Bonaventura de, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Londres, 1995 y Tamahana, Brian, "A non Essentialist Version of legal pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 2, 2000, pp .296- 321.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Esta definición tiene la particularidad de ser básicamente funcionalista, pues se basa en la noción de encontrar la función del derecho que no es otra que mantener el orden normativo en el grupo a través de la resolución de conflictos. A la vez, es esencialista en la medida en que enuncia los elementos que deben reunirse para la existencia de derecho. La falta de alguno de ellos hace que esa situación no pueda considerarse derecho. El problema de esta definición es que los elementos son demasiado amplios y permitirían que casi todo pudiera considerarse derecho.

Para solucionar esta amplitud de conceptos, el citado autor reduce el alcance definiendo seis compartimentos de estructuras sociales que se encuentran en estructuras normativas que permiten solucionar las diputas en el ámbito del hogar: la ley de producción, aquellas normas y reglas que solucionan los problemas en los sistemas de producción de bienes y servicios; las leyes de intercambio, aquellas normas y reglas que establecen los patrones de intercambio entre productores, mercaderes y consumidores; la ley de la comunidad que es utilizada por grupos hegemónicos u oprimidos y remarca identidades imperiales o defiende identidades minoritarias; la ley territorial o del estado aquella ley que gobierna la ciudadanía; y finalmente la ley sistémica, aquella que establece las formas legales globales que regulan las relaciones entre centro y periferia y las relaciones entre estados.[30]

Santos reconoce que los sistemas interactúan entre sí. Especialmente el derecho estatal interactúa en cada uno de los otros niveles.[31]

Hasta ahora podemos notar que las posturas pluralistas suelen caracterizarse en su sentido más clásico por marcar una tensión entre el derecho estatal y un sistema menor de derecho. La existencia de conflicto en el pluralismo jurídico parece una de sus notas esenciales. Sus proponentes encuentran inconsistencias en lo que se denomina derecho y lo que realmente es derecho. Principalmente porque lo que "se denomina" derecho proviene del *"estado hegemónico"*, mientras que existen campos normativos que escapan al derecho estatal y que también cumplen con las funciones propias de aquello que suele conceptualizarse como derecho.

Pero también existen propuestas no conflictivas del pluralismo. Masaji Chiba ha desarrollado su propuesta con una estructura diferente a la del conflictivismo. Este autor caracterizó al fenómeno plural como "la coexistencia de estructuras de diferentes sistemas legales ante el postulado de una

[30] Tamahana, Brian, "A non Essentialist Version of legal pluralism", *op. cit* pp. 302-303.
[31] *Ibidem*, p. 303.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cultura legal".[32] A partir de este concepto se propone una re-investigación de la dualidad propia del pluralismo jurídico en dos niveles, uno interno y otro externo.[33]

En su análisis interno se muestra que la dicotomía derecho *estatal/no estatal* no es completa. La existencia de un sistema de derecho positivo contempla además mecanismos de jerarquización de normas en donde se permite la incorporación y articulación con otros sistemas legales existentes, propios de cuerpos menores tales como sindicatos, universidades, incluso las comunidades de pueblos originarios. Por otro lado, el análisis interno muestra que la estructura típica de derecho positivo de un estado nación clásico se encuentra cada vez determinada por la influencia del sistema de derecho transnacional. Este derecho transnacional tiene injerencia en la determinación del lugar que ocupan los derechos no estatales dentro del derecho estatal. Por ejemplo, el reconocimiento de las culturas y tradiciones de los pueblos originarios producto de las convenciones existentes en materia de derechos humanos. [34]

Es cierto que el pluralismo jurídico puede mostrar conflictos existentes entre estructuras normativas. Lo importante no es solamente detectar el conflicto sino saber administrarlo de manera que pueda solucionar las causas que lo generan, de acuerdo a las convicciones sociales prevalecientes[35].

Finalmente un punto no menor planteado por Chiba es el rol que cumple la subjetividad en la teoría del pluralismo jurídico. La subjetividad en el derecho ha derivado en lo que los pluralistas denominan policentrismo legal. Este concepto explora las condiciones de formación de lo jurídico a la luz de lo que el sujeto percibe como legal y que le permite decidir qué considerará derecho dentro de un menú de opciones posibles[36].

IV. El pluralismo jurídico y la teoría de sistemas[37]

Varios intentos de explicación sobre la pluralidad de sistemas normativos contienen elementos de la denominada teoría de los sistemas. Esta propues-

[32] Chiba, Masaji, "Other Phases of Legal Pluralism in the contemporary World", *Ratio Juris*, vol. 5, núm. 3, 1998, pp. 228-45.

[33] *Ibidem*, p. 233.

[34] *Ibidem*, p. 233.

[35] *Ibidem*, p. 237.

[36] *Ibidem*, p. 239.

[37] En el presente capitulo no se realiza una descripción de la teoría de sistemas, antes bien solo se utilizan sus conceptos para mostrar los intentos de acoplamiento de este tipo de discurso al pluralismo jurídico.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ta parte de la idea que las sociedades están constituidas por relaciones de comunicación y que los esfuerzos para comprender el derecho son realizados dentro de una sociedad, por lo tanto la comprensión del derecho está atado a la comunicación y como consecuencia al lenguaje.[38]

El análisis del pluralismo jurídico a partir de la teoría de sistemas puede encontrarse de manera clara en la propuesta de Teubner. En ella, el pluralismo jurídico no debe definirse como un conjunto de normas en conflicto, sino como una multiplicidad de procesos comunicativos que observa la acción social bajo el código binario de legal/ilegal.[39]

Para entender este código binario y a partir de allí la idea de sistemas plurales de normas, hay que poder explicar el sistema legal como autopoiesis. Esta explicación utiliza herramientas del denominado giro lingüístico apartándose de la sociología del derecho positivista. El derecho entendido como sistema autopoiético pretende mostrar que el sistema legal es autoreferenciado. Ello implica que el sistema produce y reproduce sus propios elementos a través de la interacción de los mismos.[40] En un sistema jurídico un sistema auto-referenciado conlleva una relación circular entre las decisiones legales y normas. Las decisiones legales son válidas porque se sostienen a partir de normas, las cuales son válidas sólo en términos de decisiones legales.[41]

La evolución de los sistemas legales debe entenderse como un conjunto de mecanismos de variación, selección y retención que pueden identificarse en el marco un subsistema, y de la interacción de estos mecanismos con mecanismos similares de otros subsistemas sociales.[42] A partir de allí la acción de los operadores jurídicos de un sistema en un momento determinado conlleva el desarrollo de determinadas estructuras jurídicas.[43]

Un concepto muy similar puede esbozarse en términos de la teoría evolutiva de juegos. La adaptación de la norma a un subgrupo de normas dentro de un sistema legal implica adaptar el elemento mutante para que los

[38] Luhman, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford University Press. Oxford. 2004, p. 424.

[39] Teubner, Gunter, "Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism". *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992, pp. 1443-1462.

[40] Teubner, Gunter, "Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg", *Law and Society Review*, vol. 18, núm. 2, 1984, pp. 291-301.

[41] Paterson, John, "Reflecting on reflexive law", King, Michael & Thornhill Chris (ed.) *Luhman on Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing, pp. 13-35.

[42] *Ibidem*, p. 295.

[43] Watson, Alan, *The evolution of Law*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1985, p. 18.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

operadores jurídicos lo adopten de forma tal que generen la transición de una estrategia estable de equilibrio original a una nueva.[44]

En un sistema auto-referenciado con potencialidad de conflictos por la existencia de subsistemas, los jueces tendrán un papel preponderante ya que deberán elaborar un proceso de adaptación de la norma al sistema institucional, en tanto son quienes realizan la ponderación de la aplicación de las normas haciendo mérito de los intereses en conflicto. Sobre este punto, los jueces efectúan evaluaciones idiosincráticas con relación a los beneficios que obtienen en el caso particular y en el que deben optar entre seguir un parámetro establecido y adaptar una nueva regla.[45]

Una visión sistémica del pluralismo jurídico permite comprender mejor como actúan los distintos niveles de normas dentro de una sociedad o entre sociedades que tienen algún vínculo. Una propuesta de este estilo debe proponer la manera de articular los elementos del "no derecho" con el derecho estatal. Con este objetivo Teubner propone la noción de re-entrada al sistema.[46]

Esta noción busca solucionar las posiciones dialécticas de derecho/no derecho – derecho estatal/derecho no estatal. La idea consiste en capturar la representación de la dicotomía volviéndola parte del sistema. De esta manera, una dicotomía que puede llevar a una paradoja, pasa a formar parte del mundo generando un proceso de morfogénesis, entendiéndose por la situación en la cual si existe una paradoja y la misma no destruye las posibilidades de conocimiento del sujeto, entonces ese conocimiento se ve ampliado por un nuevo concepto.[47]

V. Límites y críticas al pluralismo jurídico

Pareciera razonable aquella afirmación que sostiene que una buena teoría del derecho es aquella que explica qué es el derecho.[48] De allí que para evaluar las pretensiones del pluralismo como teoría del derecho se debe analizar su poder explicativo respecto del fenómeno jurídico.

[44] Samuelson, Larry, *Evolutionary Games and Equilibrium Selection*, The MIT Press, Cambridge Massachussets, 1997, p. 17.

[45] Hadfield, Guillian, "Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law", *Journal of Comparative Economics,* vol. 36, pp. 43-73.

[46] Teubner, Gunter, "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems", *The American Journal of comparative Law*, vol. 45, núm. 1., 1997, pp. 149 -169.

[47] *Ibid.*, p. 160.

[48] Bix, Brian. "Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho", *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 609- 634.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La pretensión de esta corriente consiste en mostrar la incorrecta afirmación de que el derecho proviene de las creaciones legislativas desarrolladas a partir de lo que suele denominar *estado-nación*. Como ya se indicó, esta propuesta no daba cuenta, según los pluralistas, de la existencia de lo que es el derecho, pues existen sociedades que han desarrollado sistemas sancionatorios diferentes a los occidentales. Creo que este es un punto válido de la teoría y ha logrado describir la existencia de diferentes modelos normativos, o la existencia de múltiples niveles normativos e incluso la interacción que pueden llegar a existir entre ellos. En otras palabras, no es difícil observar que el derecho en nuestros días es de carácter pluralista.[49]

Sin embargo, y como se ha mostrado en la sección primera de este trabajo, existen numerosos conceptos de derecho para los defensores de esta concepción. Esta imposibilidad de definición ha redundado en una necesidad de redefinir el pluralismo como teoría del derecho.

Tamahana ha realizado una crítica detallada de los problemas que se han planteado en esta corriente, tanto a nivel analítico como instrumental. Los problemas analíticos consisten en dos aspectos vinculados. El primero, entiendo no es propio del pluralismo jurídico y proviene de la imposibilidad de lograr un acuerdo sobre la definición de derecho. Los pluralistas están de acuerdo con que existen diferentes pluralidades de derechos en los diferentes sistemas sociales. Sin embargo, no han logrado ponerse de acuerdo en el significado de dicha afirmación.[50]

El segundo problema resulta de una aserción negativa en la que los pluralistas han logrado un conceso. No todo el derecho es derecho estatal. Si aceptamos esta proposición entonces los límites de lo jurídico empiezan a resquebrajarse hasta llegar al punto en que cualquier sistema normativo podrá ser denominado derecho.[51] De hecho, la posición pluralista sobre este punto consiste en afirmar que las reglas evolucionan de forma espontánea en la vida social. Esta idea de derecho vivo en la sociedad acarrea problemas ontológicos sobre el derecho.[52]

Tamahana plantea que los partidarios del pluralismo jurídico deben decidir si enfatizan los patrones de ordenamiento social concreto, aquello que la sociedad normalmente realiza-; o se centran en la identificación institu-

[49] Tamahana Brian, "A non Essentialist Version of legal pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 2, 2000, pp.296-321.

[50] *Ibid.*, p. 303.

[51] *Ibid.*, p. 299.

[52] Tamahana, Brian, "The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 20, núm. 2, 1993, pp. 192-217.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ción y ejecución de las normas. Centrarse en la primera categoría implica recurrir en el problema antes descripto referido a la imposibilidad de determinar que patrones de sociales de conducta serían efectivamente derecho. Por su parte, si aceptan la segunda alternativa los pluralistas deben renunciar a capturar los análisis sociales descansando exclusivamente en comparaciones institucionales.[53]

Ocurre entonces que los problemas instrumentales son consecuencia de los problemas analíticos antes mencionados. Así resulta difícil poder establecer relaciones entre derecho y sociedad sino tenemos una definición más o menos acertada de lo que significa el primero de esos términos. A partir de allí la observación y selección de datos no puede llevarse adelante pues resulta difícil determinar los patrones relevantes a observar.

Las visiones sistémicas han contribuido de manera importante a clarificar el concepto de pluralismo al mostrar las interrelaciones que juegan distintos niveles de normas y que no necesariamente todas ellas provienen del estado. Pero estas propuestas adolecen de sus propios problemas, puesto que en términos lingüísticos encontrar el código binario legal/ilegal consiste en tratar de capturar niveles de lenguaje que no pueden ser reducidos a dichas categorías.

VI. Perspectivas sobre el concepto del pluralismo jurídico

Encuentro que el pluralismo jurídico como teoría no ha podido sortear algunos problemas analíticos fundamentales, tal como se ha descripto en la sección anterior de este capítulo. Más allá de estos problemas entiendo que la idea de coexistencia de órdenes jurídicos es una cuestión relevante en la teoría del derecho a la hora de resolver los denominados casos complejos.

La posibilidad de que existan órdenes jurídicos diferentes en una misma sociedad no resulta en la sociedad postmoderna algo difícil que aceptar, ya en otros tiempos de la historia se dio esta coexistencia. A modo de ejemplo, dentro de los sistemas occidentales el derecho canónico y el derecho estatal coexisten y en muchos casos los efectos de uno no sustituyen los del otro.[54]

[53] *Ibid.*, pp. 206-207.

[54] El procedimiento de anulación del vínculo matrimonial civil no produce efectos respecto del vínculo religioso cristiano. Quienes practican esta religión deben realizar un procedimiento especialmente detallado en el Código de Derecho Canónico.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El derecho posmoderno es plural y una característica esencial de éste es que no existe un principio unificador.[55]

En América Latina se ha dado una progresiva incorporación en los textos constitucionales de los derechos de los pueblos originarios, respetando su herencia cultural, lo que sin duda creo que incluye sus estructuras normativas.[56]

Ya he puntualizado en las secciones anteriores que el pluralismo jurídico cobró relevancia como un intento de explicar la existencia de sistemas de normas que surgieron luego de los proceso de colonización y que en muchos casos generó un fenómeno de trasplantes legales.

Ello fue así porque los pluralistas jurídicos suelen dirigir su atención a la existencia de sistemas de normas no occidentales, con valores que en algunos casos suelen ser diferentes a los aceptados en la sociedad occidental. De esta visión clásica parecieran desprenderse dos posibilidades para el pluralismo como teoría: a) aceptar una posición netamente descriptiva, afirmar que el derecho no es solamente el derecho estatal y mostrar las interrelaciones entre los diferentes sistemas; b) buscar algún criterio de normatividad que permita explicar las condiciones prescriptivas de diferentes órdenes jurídicos y como ellos deben ser interpretados.

Por otro lado, caracterizar el pluralismo en un sentido clásico hoy resulta cuando menos insuficiente. Si bien es cierto que el "derecho estatal" es una creación propia del desarrollo institucional de occidente, también lo es que la existencia la noción de un derecho global hace que la dicotomía derecho estatal/no estatal no alcance para explicar la realidad que nos toca vivir. Desde un punto de vista comparado entiendo que hay decaimiento del sistema de familias jurídicas que sirvieron de base para el concepto de pluralismo jurídico, a la vez que cobra más importancia el concepto de convergencia de sistemas.

De lo explicado anteriormente se desprende que resultará cuando menos incompleto conceptualizar esta corriente en términos de derechos centrales y derechos indígenas. Existen dos argumentos para sostener esta posición. Por un lado, la existencia de estudios sobre derecho no estatal, más

[55] Erikson, Lars, "Tendencias conflictivas en el derecho moderno", Arnio, Aulis; Garzón Valdéz, Ernesto y Uusitalo, Jyrky (comps.) *La normatividad del derecho*, Ed. Gedisa, Bacerlona, 1997, pp. 113-125.

[56] Durante los años ochenta y noventa varias constituciones de A. Latina aceptaron el respeto de la identidad cultural de sus pueblos originarios (Colombia en 1991, Perú en 1993, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998, Argentina en 1994, Brasil en 1998, Guatemala en 1985 y Paraguay en 1992).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

allá del derecho de las culturas indígenas, cuestión que se presenta sobre todo en los países europeos muestra un giro en la tendencia de los estudios sobre multiplicidad de sistemas legales. Por otro lado, la expansión de fuentes del derecho a fuentes no tradicionales, como ha ocurrido en América Latina con la recepción constitucional de los legados de los pueblos originarios, conlleva la necesaria reformulación de los mecanismos de razonamiento jurídico. Esta recepción implica un policentrismo de fuentes jurídicas que necesitará ser armonizado en función de los intereses a partir de los cuales fueron concebidos.

Pareciera entonces que hoy ya no resulta tan relevante la distinción entre un pluralismo jurídico radical y un pluralismo jurídico suave que concede cierta interacción con el derecho estatal. Los estados occidentales ya no son los que colonizan otras sociedades, por el contrario, los resultados de los procesos de colonización han alcanzado a los colonizadores.

Encuentro además que los estudios sobre pluralismo se acercarán bastante a los estudios sobre cultura legal.[57] Una teoría de la pluralidad legal debe poder explicar las condiciones para adoptar un concepto de legalidad en un momento determinado. Asimismo, debe tener en cuenta la subjetividad de los operadores jurídicos respecto de los subsistemas legales en una sociedad de acuerdo a los valores vigentes en la misma.

Creo que la contribución del pluralismo jurídico radica en ayudar a comprender los subsistemas que en alguna oportunidad pueden entrar en conflicto con el sistema estatal. La comprensión de estos sistemas permitirá elaborar reglas de interpretación que permitan armonizar los niveles de lenguaje de diferentes culturas. La compresión de los mismos permite encontrar puntos básicos que contribuyen desarrollar nuevos conceptos legales que contengan elementos de ambas culturas.

Por otro lado, creo que el pluralismo tiene un papel importante en una reformulación de las teorías de las fuentes del derecho, de manera tal que resulte más funcional —explicativa y orientativa— de una nueva realidad

[57] La cultura legal ha sido entendida como: "Aquellos comportamientos que refieren a la naturaleza derecho, y a la estructura y funcionamiento del sistema legal, los cuales se encuentran arraigados históricamente en una sociedad". Véase, Merryman, John H. y Clark, David S., *Comparative law: Western European and Latin American legal systems*., New York, Bobs and Merril, 1978. También ha sido conceptualizada como: *"el marco de intangibles según el cual una comunidad realiza sus interpretaciones, dotándola de* fuerza normativa y que en el largo plazo determina la identidad de esa comunidad". Véase, Anthony Ogus, "The Economic Basis of Legal Culture: Network and Monopolization", *Oxford Journal of Legal Studies, vol.* 22, 2002, pp. 419-434. Véase además, Garoupa, Nuno y Ogus, Anthony,""A Strategic Interpretation of Legal Transplants", *CEPR Discussion Paper* No. 4123 (2003), disponible en http://ssrn.com/abstract=480744.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

posmoderna. Una visión plural del derecho expresa que no es una realidad para ser contemplada y descripta, sino que requiere del saber prudente que lo vaya determinando en función de circunstancias históricas cambiantes, y además, para que esa determinación sea propiamente humana y al servicio de la sociedad y sus integrantes se requiere que resulte de un discurso dialógico argumentativo.[58]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de hacer mérito de esta particular dimensión fáctica con proyecciones jurídicas. Se lee en el voto conjunto de los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli:

> El derecho de propiedad de los pueblos indígenas comprende el uso y goce efectivo de las mismas, pues lo contrario implicaría privarlos de practicar, conservar y revitalizar las costumbres culturales que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria, todo lo que otorga al derecho de propiedad comunal una dimensión cultural".[59]

Esta idea pareciera subyacer en lo que se denomina "Jurisprudencia de la diferencia" la cual favorece el estudio de las diferentes nociones de "derecho" en diferentes grupos y clases de una misma sociedad. Esta propuesta ha de gran utilidad en Europa a la hora de comprender los cambios que ha enfrentado la sociedad europea a partir los procesos migratorios de los últimos veinte años.[60] Los estudios sobre la coexistencia de sistemas normativos deben partir de la idea de una sociedad global con diferentes subsistemas.[61]

Claro que este proceso interpretativo de nuevos conceptos no implica aceptar una identidad entre unidad cultural y unidad institucional. Las culturas deben coexistir en un marco de respeto mutuo y que están dados por la democracia constitucional.[62]

[58] Vigo, Rodolfo, "Argumentación Constitucional", *Suplemento Jurisprudencia Argentina* del 12/8/2009.

[59] *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Estado de Nicaragua*, sent. del 31/8/2001, publ. en LL 2003 C-290.

[60] Cotterrell, Roger. "Comparative Law and legal culture", Reiman, Mathias y Zimmermann Reinhard (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 709- 738.

[61] Chiba, Masaji. "Other Phases of Legal Pluralism in contemporary World", *op. cit*, p. 237.

[62] Comanducci. Paolo "La irrelevancia moral de la diversidad cultural", *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 30, 2007, pp. 89-94.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

VII. El pluralismo jurídico en la práctica. Un caso paradigmático

Una aplicación de los conceptos teóricos desarrollados a lo largo de estas páginas pueden ponerse en práctica a través del análisis de una decisión desarrollada por el Superior Tribunal de la Provincia de Salta, en la República Argentina.[63] En esta sentencia existió un voto mayoritario y una disidencia cuidadosamente articulada.

El referido precedente abordó el procesamiento penal de un integrante de la comunidad "Misión Wichi" de la provincia de Salta, que resultara acusado por la violación de la hija de su concubina, de nueve años. El tribunal decidió por mayoría que la Cámara (tribunal de apelaciones) no había hecho mérito suficiente de la identidad cultural del imputado en relación a la acción tipificante del delito contenido en art. 72 del Código Penal de la República Argentina.[64] En el voto mayoritario se expresó:

[63] Sup. Trib Salta, 29/09/2006 en la causa R,J.F disponible en http://www.justiciasalta.gov.ar/jurisprudencia-salta.php (visitada por última vez el 9/01/12) El principio de identidad cultural en la Argentina está receptado en el art. 75 inc 17 de la Constitución Nacional de la República Argentina . En dicho artículo se establecen entre las competencias del Congreso "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos,…Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos…. "Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones". Para una discusión acerca de la aplicación del principio de identidad cultural al precedente citado puede verse: Cianciardo, Juan, "Los Derechos de los Pueblos Originarios Argentinos", Suplemento Jurisprudencia Argentina de 21/12/2011.

[64] Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1°. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.-

2°. Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.-

3°. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.-

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.-

Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de éstos y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél".-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> El deber de motivación de las resoluciones judiciales exige que el juez efectúe una evaluación completa de la multiplicidad de datos existentes en la causa acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado. El procesamiento debe basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos y cada uno de los componentes del delito, y no sólo de los que hacen a su tipicidad. Los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta". (Del voto de los Dres. Silisque, Ayala, Posadas).

Por su parte la Dra. Garros Martínez desarrolló su pormenorizada disidencia en base a los siguientes argumentos:

> Desde tal punto de vista, la demandada no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen, y mucho menos cuando una decisión en tal sentido tendría como consecuencia el desconocimiento de otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso.
>
> El acceso carnal a menores, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuestos consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (arts. 5 y 11 Pacto SJCR, 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que no deben dejar de aplicarse por la circunstancia de que ambos -víctima y procesado- pertenecen a la etnia wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (arts. 24 Pacto SJCR, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/Discriminación, y 16 de la C.N. y C.P.). La atención debida a la diversidad cultural constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional, sin embargo, la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Si bien es importante la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, debe rechazarse con firmeza las distorsiones del llamado "Relativismo Cultural."
>
> La no aplicación de esta norma –art. 72 del CP- no implicaría el respeto a su cultura sino, por el contrario, la desvalorización discriminatoria de la misma al constituir un modo de impedimento al acceso a condiciones de progreso del grupo al que pertenece, única finalidad que podría justificar el reconocimiento de un "derecho distinto" (art. 1.4 de la Convención citada). No resulta procedente la alegación de inimputabili-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> dad si el acusado integra una comunidad que tiene una fluida comunicación con la cultura que la circunda y, además, el imputado durante parte de su vida se ha integrado al sistema educativo de esa cultura. (Del voto de la Dra. Garros Martínez).

En el caso resulta clara la existencia de dos sistemas normativos. El derecho estatal criminaliza la acción realizada por el acusado, mientras que la misma conducta es aceptada como natural en la tradición indígena de la cual proviene.

El fallo puede calificarse en la terminología de Griffiths un caso de pluralismo jurídico débil, pues el sistema estatal ya contempla -en estructura jerárquica de normas -, la obligación de considerar la tradición cultural del pueblo originario. Vale mencionar la tradición cultural se considera un hecho mas no un derecho, en ningún momento se menciona como integrar un sistema de normas indígenas al sistema de derecho penal argentino. En tal sentido, las ponderaciones de derecho que se hacen son entre normas del sistema argentino, incluso aquella que sirve de reenvío que se fundamenta para la consideración de la tradición aborigen.

Se observa en la terminología de Chiba, la insuficiencia de la dicotomía sistema estatal/sistema no estatal debiendo agregarse el derecho transnacional. Es a través de este último que surge la obligación para el derecho estatal de considerar la validez de la cultura y práctica legal.

El rol de los jueces es decisivo a la hora de mostrar la integración y los límites de la misma entre dos realidades sistemas culturales y legales completamente diferentes. Un detalle no menor resulta del voto de la disidencia al indicar que: *"el imputado ha tenido fluida comunicación con la cultura que lo circunda y se ha integrado al sistema educativo de esa cultura"*. Esta afirmación denota la subordinación jerárquica del sistema cultural indígena al sistema de reglas del estado positivo argentino. Por otro lado vale pensar ¿Cuál ha sido el grado de fusión que la cultura ha tenido con la tradición occidental? ¿Existe una la llamada pluralidad de sistemas normativos? Más allá de cuál sea la decisión que consideremos adoptada el razonamiento judicial de ponderación y el principio de proporcionalidad aparecen como los criterios que permiten la solución de conflictos.

El argumento dirimente en la disidencia puede encontrarse en la reacción frente al denominado "relativismo cultural". El límite aquí se encuentra en el estado constitucional de derecho, el cual es una creación de los sistemas occidentales pero no que difícilmente pueda basarse en el derecho estatal sino más bien en el derecho transnacional.

VIII. Conclusiones

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El origen del pluralismo jurídico como teoría que explicaba la dicotomía entre derecho central y derechos periféricos hoy parece no ser suficiente frente a nuevas situaciones de coexistencia de sistemas normativos dentro de los propios sistemas jurídicos occidentales.

A partir de allí el pluralismo debe redefinirse y decidir si enfatizan los patrones de ordenamiento social concreto, aquello a lo que la sociedad normalmente realiza-; o se centran en la identificación institución y ejecución de las normas.

La contribución del pluralismo jurídico radica en ayudar a comprender los subsistemas que en alguna oportunidad pueden entrar en conflicto con el sistema estatal. La comprensión de estos sistemas permitirá elaborar reglas de interpretación que permitan armonizar los niveles de lenguaje de diferentes culturas. La compresión de los mismos permite encontrar puntos básicos que contribuyen desarrollar nuevos conceptos legales que contengan elementos de ambas culturas.

En tal sentido la función del pluralismo es de conceptualización y comparación de sistemas diferentes desarrollando mecanismos que permitan armonizar diferentes niveles de lenguaje y lograr de intentar armonizar los mismos facilitando los procesos de comunicación.

Aun cuando no fue tratado en este trabajo, no puede pasarse por alto que el pluralismo como teoría requiere como toda teoría normativa de alguna apoyatura meta-ética que permita articular los valores de las distintas estructuras sociales afectadas. Por otro lado, las observaciones etnográficas deben servir como punto de partida para realizar estudios de campo dentro de las propias tradiciones occidentales. Otro campo de estudios posibles dentro del pluralismo es la relación entre el lenguaje y los diferentes sistemas de normas. Este último tipo de trabajos resulta fundamental más allá de su interés teórico por la aplicación práctica que puede tener a la hora de ponderar derechos en conflicto de diferentes sistemas normativos.

IX. Bibliografía

Bix, Brian. "Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho", *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26 (2003).

Chiba, Masaji, "Other Phases of Legal Pluralism in the contemporary World", *Ratio Juris,* vol. 5, núm. 3, 1998.

Cianciardo, Juan, "Los Derechos de los Pueblos Originarios Argentinos", Suplemento Jurisprudencia Argentina de 21/12/2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

COMANDUCCI, Paolo, "La irrelevancia moral de la diversidad cultural", *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 30, 2007.

COTTERRELL, Roger. "Comparative Law and legal culture", Reiman, Mathias y Zimmermann Reinhard (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

DUPRET, Baduoin, "Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: teorías críticas y reespecificación praxiológica", *European Journal of Legal Studies*, Issue Disponible en www.ejls.eu/1/14ES.pdf , visitada por última vez el 9 de enero de 2012.

ELRICH, Eugene, *Fundamental Principles of the Sociology of Law,* Cambridge, Harvard

ERIKSON, Lars, "Tendencias conflictivas en el derecho moderno", en Arnio, Aulis; Garzón Valdéz, Ernesto y Uusitalo, Jyrky (comps.) *La normatividad del derecho*, Ed. Gedisa, Bacerlona, 1997.

GARUPA, Nuno y OGUS Anthony "A Strategic Interpretation of Legal Transplants", *CEPR Discussion Paper No. 4123* (2003), disponible en http://ssrn.com/abstract=480744.

GRIFFITHS, John, "What is Legal Pluralism", *Journal of legal Pluralism*, vol. 24, 1984.

HADFIELD, Guillian, "Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law", *Journal of Comparative Economics,* vol. 36.

LUHMAN, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

MALINOWSKY, Bronislaw, *Crime and Custom In Savage Society*, London, Routledge, 1926.

MERRY, Sally Engle, "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, vol. 22, núm. 5, 1988.

MOORE, Sally, "Law and Social Change: The semiautonomous social field as an appropriate subject of study", *Law & Society Review*, vol. 7, núm. 4, 1973.

NELKEN, David, "Legal Pluralism, Privatization of Law and Multiculturalism": Eugen Ehrlich, Living Law, and plural legalities", *Theoretical Inquiries in Law*, July 2008.

OGUS, Anthony "The Economic Basis of Legal Culture: Network and Monopolization", *Oxford Journal of Legal Studies, vol.* 22, 2002).

PATERSON, John, "Reflecting on reflexive law", King, Michael & Thornhill Chris (ed.) *Luhman on Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing.

POSPISIL, Leopold, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York,Harper & Row, 1971.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

SAMUELSON, Larry, *Evolutionary Games and Equilibrium Selection,* The MIT Press, Cambridge Massachussets, 1997.

SIERRA, María Teresa y Chenaut Victoria, "Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: Las corrientes anglosajonas", Krot, Esteban (ed.) *Antropología jurídica: Perspectivas socio culturales en el estudio del derecho*, Editorial Antrophos, Barcelona, 2002.

SOUSA SANTOS, Bonaventura de, "Law: a map of misreading: Toward a post-modern concept of Law", *Journal of Law and Society*, vol. 14, núm. 3, 1987.

_____, *Reinventar la democracia, Reinventar el estado*, Sequitur, Madrid, 1999.

_____, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Londres, 1995.

TAMAHANA Brian, "A non Essentialist Version of legal pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 2, 2000.

_____, "A Vision of Social Legal change: Rescuing Ehrlich from 'Living Law'", *Law & Social Inquiry, vol.* 36, núm. 1, 2011.

_____, "The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 20, núm. 2, 1993.

TEUBNER, Gunter, "Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg", *Law and Society Review,* vol. 18, núm. 2, 1984.

_____, "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems", *The American Journal of comparative Law*, vol 45, núm. 1, 1997.

_____, "Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism". *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992.

VANDERLINDEN, Jacques, "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", *Revue de la Recherche Juridíque*, vol. 2, 1993.

VÁZQUEZ, Gabriela, "La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. A propósito de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009." *Suplemento Jurisprudencia Argentina* de 25/11/2009.

VIGO, Rodolfo, "Argumentación Constitucional", *Suplemento Jurisprudencia Argentina* del 12/8/2009.

WATSON, Alan, *The evolution of Law,* The John Hopkins University Press, Baltimore, 1985.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 19

TEORÍA LITERARIA DEL DERECHO. DERECHO Y LITERATURA: INTERSECCIONES INSTRUMENTAL, ESTRUCTURAL E INSTITUCIONAL

José Calvo González*

"A lawyer without history or literature is a mechanic, a mere working mason; if he possesses some knowledge of these he may venture to call himself an architect".
Sir Walter Scott [1771–1832], *Guy Mannering or the Astrologer* (1815), Chap. XXXVII

Sumario: I. *Geometría del jardín.* II. *Cuestión de Nomenclatura, pero ante todo de orden.* III. *Interesección instrumental.* IV. *Intersección estructural.* V. *Intersección institucional.* VI. *Mirador al jardín.* VII. *Bibliografía.*

I. Geometría del jardín

Se me ocurre que para describir cuál ha sido, luego de transcurrido cierto tiempo, el resultado de una dedicación académica a las tareas investigadoras bien podría acudirse a la siguiente imagen. En el desenvolvimiento de esa labor va configurándose poco a poco algo como un "parque temático". Tiene esta locución un perfil de especialidad que en mi caso se contrae al índice de materias y problemas propios de la disciplina "Filosofía del Derecho". Si desarrolláramos esa imagen podría decirse también que, como en cualquier parque que se precie, allí habrá largas avenidas arboladas, profundas y umbrías alamedas, y asimismo soleados paseos de florecidas rosaledas, extensos prados en verdores tornadizos, y también parajes apartados que ha mucho no se transitan. El mío contiene todos esos lugares, además de otros más ocultos en cuya espesura se amontona la broza de muchas podas. Y en él hay, por supuesto, un jardín. No es de recreo, sino botánico;

* Catedrático de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Málaga (España).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 695-736.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

esto es, un terreno cercado donde, habiendo permanecido al abrigo del inclemente invierno, adelantan para el estudio brotes de alguna especie difícil, singular o nueva. Sería de proponer que alguien dedicara una reflexión algo más acrecentada que esta mía, sólo germinal, a la semejanza del oficio de la investigación científica con arte del cuido y cultivo de jardines, siquiera por razón de los afanes y desvelos, así como del placer y goce estético que de ambas aplicaciones resulta.

Voy a hablarles de ese jardín que con los años, van ya para más quince, me parece haber arreglado con sementeras y planteles, y por medio de esquejes, yemas de injerto y otras técnicas y procedimientos donde la curiosidad instructiva siempre fue compañera de la experimentación intelectual. Es el fértil jardín de la *Teoría literaria del Derecho*. Pero nada diré sin embargo acerca de su flora o variedad de frutos, sino de las diversas veredas que en él formaron los pasos recorridos. Cuanto aquí exponga se ceñirá únicamente a la geometría del jardín, tejida toda ella de intersecciones. Así, pues, no es aquél un jardín senderos que se bifurcan —como en la borgeana trama del alternativo destino que diseñan varios porvenires— sino atravesado por sendas y caminos que se entrelazan. En mi caso esas andaduras allegaron a una central glorieta, la "teoría y crítica narrativista del Derecho", pero tampoco creo que esta desembocadura interese más que las diferentes travesías y confluencias que entre ellas se producen.

II. Una cuestión de nomenclatura, pero ante todo de orden metodológico

La *Teoría literaria del Derecho* supone que lo *jurídico* y lo *literario* se encuentran en relación. Es significativo que incluso Posner, quien ha mostrado mayores reticencias hacia la ella, aunque la precise como "incomprendida"[1] no la niegue. Por tanto, el asunto principal remite a partir de aquí a la manera

[1] Posner, Richard A., *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1988, y *Law and Literature: Revised and Enlarged Edition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1998. Asimismo, *Idem*, "What Has Modern Literary Theory to Offer Law?", *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000, pp. 195-208. Sobre la posición de Posner, véanse White, James Boyd "What Can a Lawyer Learn from Literature?", *Harvard Law Review*, vol. 102, 1988-1989, pp. 2014-2047, y Marí, Enrique E., "Derecho y Literatura. Algo de lo que se puede hablar pero en voz baja", *Doxa*, vol. 21, 1998, pp. 251-288. De la 2ª ed. de *Law and Literature* existe trad. española de Pilar Salamanca y Marina Muresán, *Ley y Literatura*, Colegio de Abogados de Valladolid- Eds. Cuatro y el gato, Valladolid, 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

y mejor forma de conocer el régimen que vincula entre sí los elementos de la relación. Dos proposiciones pueden contribuir a facilitarlo, y son:

a) Las intersecciones entre lo *jurídico y* lo *literario* resultan de los diversos itinerarios y trayectorias de recorrido, por ambas partes, y

b) Las intersecciones entre lo *jurídico y* lo *literario* se articulan a través de cierta clase de sintagmas gramaticales que actúan como puente, organizadas concretamente mediante tres preposiciones (*en*, indicando lugar; *de*, denotando pertenencia; *con*, expresando la circunstancia con que algo se ejecuta o sucede) y un adverbio modal (*como*, es decir, a modo de, según, en tanto que o tal que, apuntando tipos de cotejo que van desde adyacencia hasta simetría).

De la proposición a) se infiere que la eventual distinta línea de aproximación y avance de cada elemento de la relación origina encuentros y contactos diferentes. Lo que se entiende por *jurídico* o por *literario* no es siempre unívoco, de ahí que pudiendo ser diverso el camino por donde marche una determinada idea de Derecho o de Literatura puedan ser también diversos los puntos de intersección que se produzcan.

De la proposición b) se infiere que cada posible intersección será diferente de cualquiera otra y que cada una de esas posibles intersecciones se referirá a una relación en sí misma diferenciada de las demás: el Derecho *en* la Literatura, el Derecho *de* la Literatura, el Derecho *como* Literatura. En cualquier caso, aún cuando todas ellas atañen a cualidades distintivas acerca de la posible relación Derecho *y* Literatura, coinciden no obstante en descartar la transposición o compensación sustitutiva (Derecho *por* o *en lugar de* Literatura), manteniendo pues el distingo entre los elementos que se relacionan. Ciertamente, es porque Derecho *y* Literatura se relacionan, que Derecho *y* Literatura se distinguen.

Supuesta la proposición a), las distintas líneas de aproximación y avance en que respectivamente discurren las relaciones entre lo *jurídico* y lo *literario* conciernen asimismo a tres ideas de distinta índole sobre *Derecho y Literatura*: 1) La que considera el Derecho en cuanto traído de la idea de cultura jurídica, y la Literatura de la de cultura literaria, 2) La que considera el Derecho en cuanto traído de la idea de regulación normativa, y la Literatura como actividad objeto de regulación normativa por el Derecho, y 3) La que considera el Derecho en cuanto traído de la idea de teoría jurídica, y la Literatura de la de teoría literaria.

Supuesta la proposición b), las intersecciones entre Derecho *y* Literatura son diferentes y cualitativamente distinguibles ya que: 1) El Derecho *en* la Literatura presenta la recreación literaria (tanto de género narrativo, como lírico o dramático) de alguna forma organizativa jurídica (los tribunales de

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

justicia, la profesión jurídica, etc.) o de determinados conceptos y valores jurídicos (ley, equidad, justicia, etc.), o lo que es igual, presenta la literatura asociada a temas o asuntos jurídicos, 2) El Derecho *de* la Literatura presenta el fenómeno literario desde el punto de vista jurídico-normativo (propiedad intelectual, *Copyrights* y derechos de autor, contrato de edición, etc., incluyendo asimismo problemas de libertad de expresión), y 3) Derecho *como* Literatura presenta los productos jurídicos como creaciones literarias (literatura legislativa, judicial, de la práctica profesional, de la doctrina científica, etc.) y somete a perspectiva metodológica de canon literario el análisis crítico y comprensión de los discursos, experiencias y actos, criterios interpretativos y construcciones jurídico-dogmáticas.

Lo hasta aquí expuesto como sinopsis y breve desglose analítico, tanto sobre la relación Derecho *y* Literatura como acerca de las tres variables de intersección comúnmente aceptadas,[2] ha de completarse todavía con tres anotaciones.

- Una primera, señalando que en las intersecciones Derecho *en* la Literatura y Derecho *como* Literatura se producen efectos de interdisciplinariedad de amplísimo *spectrum*,[3] que sin embargo faltan en el Derecho *de*

[2] Además de Posner, Richard A., *Law and Literature*, *op. cit.*, pp. 319-352, también Weisberg, Robert, "The Law-Literature Enterprise", *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. I, 1988, pp. 1-2; Ward, Ian, *Law and Literature. Possibilities and Perspectives,* 2da ed., Cambridge U.P., Cambridge, 2004 [1994], pp. 3 y ss.; García Amado, Juan Antonio, "Breve introducción sobre Derecho y Literatura", *Idem,*, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003, p. 362; Ost, François, *Raconter la loi, Aux sources de l´imaginaire juridique*, Odile Jacob, Paris, 2004, p. 40. Algún trabajo, como el de Morawetz, Thomas, "Ethics and Style: The Lessons of Literature for Law", *Stanford Law Review*, vol. 45, 1993, pp. 497-499, añade un cuarto punto de intersección conducido a través de la perspectiva histórica (*storian way*), tocante a la forma en que la Literatura ha trasladado determinada imagen del Derecho a la hora de comprender su realidad histórica e influido sobre la opinión pública para identificar ciertos procesos jurídicos, en especial, legislativos. Sobre esta cuestión véanse también Ferguson, Robert A., *Law and Letter in American Culture*, Harvard University Press, Cambridge, 1984; Brook, Thomas, *Cross-Examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, Cambridge University Press, New York, 1987, y Dolin, Kieran, *Fiction and the Law: Legal Discourse in Victorian and Modernist Literature*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. En línea *storian way* mi trabajo "Naturalismo y direcciones criminológicas a finales del siglo XIX en España", *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología,* 2ª Época, vol. 12, 2003, pp. 255-270.

[3] Véase Ossorio Morales Juan, *Derecho y Literatura*, Universidad, Granada, 1949, [Recogido ahora en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, vol. 6, 2003, pp. 501-524]; Hinz, Evelyn J.; Anderson, Trebor y McGillivray, Anne (eds.), *Adversaria. Literature and Law*, University of Manitoba-Winnpeg, Manitoba, 1994; Turner, J. Neville–Williams, Pamela (eds.), *The Happy Couple. Law and literature,* The Federation Press, Sidney, 1994; Dimock, Wai Chee, *Residues of Justice. Literature, Law, Philosophy,* University of California Press, Berkeley- Los Angeles CA, 1996; Rockwood, Bruce L. (ed.), *Law and literature perspectives*, Peter

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

la Literatura, si bien tal modalidad de la relación Derecho *y* Literatura está adquiriendo en algunos sistemas jurídicos fisonomía científica autónoma. Al propio tiempo, si no parece dudoso que lo entendido por Derecho *como* Literatura comporta evidentes dimensiones metodológicas, también se han apuntado respecto al Derecho *en* la Literatura ciertas virtualidades de método para el estudio jurídico.[4]

- La segunda concierne al planteamiento (Richard A. Posner) que en general enfatiza la esencial divergencia entre Derecho *y* Literatura con base en las diferentes funciones sociales que corresponden a textos jurídicos y literarios. Es cierto que a primera vista tal afirmación no parece demasiado discutible; las funciones sociales que incumben al Derecho en cuanto Dogmática jurídica[5] no se registran en la Literatura. Con todo, Derecho *y* Literatura sí se imbrican a una función social indiscutible y común a través de su fundamento en el Mito (*Mythos*); en ambas creaciones humanas la función mítica se halla presente a través de la vocación instituyente de *dación de sentido* frente al desorden de la experiencia; la institución jurídica *otorga sentido* reordenando el conflicto social, la literaria socializa mediante la ficción una promesa de sentido ante al desconcierto de la experiencia. Contemplada desde esta perspectiva la relación Derecho *y* Literatura albergaría una realización suplementaria, fraguada en la oportunidad de contemplar lo jurídico no ya con base en el aprovechamiento de recursos literarios (la Literatura *en* el Derecho) ni tampoco mediante análisis o método de revelación comparativa (Dere-

Lang, New York, 1996; Ball, Milner, "The Future of Law and Literature: Convocations and Conversations", (pp. 107-110), y Levinson, Sanford, "Some (Brief) Reflections About Law and Literature" (pp. 121-123), ambos en *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 10, núm. 2 1998; Myrsiades, Kostas y Myrsiades, Linda (eds.), *Un-disciplining literature. Literature, Law, and Culture*, Peter Lang, cop., New York, 1999; Rodríguez Chávez, Iván, *Literatura y Derecho*, Universidad Ricardo Palma, Lima. Perú, 2002; Ryf, Jean-Pierre, *Justice et litterature. Regards croisés*, Atlantica, Anglet, 2004; Meyer, Michael, *Literature and law*, Rodopi, Amsterdam, 2004; Ward, Ian, *Law and Literature: possibilities and perspectives*, cit.; Goodrich, Peter, "Erotic Melancholia: Law, Literature, and Love", en *Law & Literatura*, vol. 14, 2002, pp. 103-129; Torres Méndez, Miguel, *Jurisprudencia literaria y filosófica. (La aplicación del Movimiento 'Derecho y Literatura' en la jurisprudencia)*, Grijley, Lima. Perú, 2003; Hanafin, Patrick, "Introduction: On Writing: Law and Literature", en Hanafin, Patrick *et al.*, *Law and Literature*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004 [*Journal of Law and Society* Special Issues. Issue 4], pp. 1-2. Un repertorio interesante en Papke, David Ray, "Law and Literature: A Comment and Bibliography of Secondary Works", *Law Library Journal*, vol. 73, 1980, pp. 421-437.

[4] Carreras Jiménez, Mercedes, "Derecho y Literatura", *Persona y Derecho*, vol. 34, 1996, pp. 33-62.

[5] Véase Calsamiglia, Albert, *Introducción a la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 129-150.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cho *como* Literatura), sino forjado *con* apropiación de lo literario. Tal apropiación de la Literatura por el Derecho consiste en la traslación/trascripción de formas instituyentes literarias a las jurídicas, y su posibilidad obedece a que, positivamente, ambos comparten socialmente una misma práctica poética.

Y así, el área estricta de la *Teoría literaria del Derecho* comprendería la superficie y volumen ocupados por las intersecciones Derecho *en* la Literatura y Derecho *como* Literatura y Derecho *con* Literatura.

Estas tres intersecciones, que en adelante denominaré respectivamente como *instrumental*, *estructural e institucional*, conforman pues el foco inmediato la *Teoría literaria del Derecho*.

- Finalmente, decir también que nuestro enfoque sobre una *Teoría literaria del Derecho* prescindirá del Derecho *de la* Literatura, por encarnar una acepción demasiado restrictiva de *Derecho*, que va entendido como disciplina jurídica de especialidad, e igualmente de un subtipo implícito en el Derecho *como* Literatura, en concreto la Literatura *del* (contracción de la preposición *de* y artículo *el*) Derecho, ya que ésta se suscita desde una acepción demasiado extensa de *Literatura*, por entendida como conjunto de obras que versan sobre la ciencia jurídica o *Bibliografía jurídica*, al par que demasiado limitada de *Derecho*, circunscrito al estudio de legislaciones históricas, o *Literatura jurídica* propiamente dicha.[6]

[6] Así los trabajos de Torres Campos, Manuel [1850-1918], *Nociones de bibliografía y literatura jurídicas de España*, Estab. Tip. de Góngora, Madrid, 1884 [Reprod. facs. Edit. Analecta, Pamplona, 2002] y Ureña y Smenjaud, Rafael de [1852-1930], *Sumario de las lecciones dadas en la Universidad Central durante el curso de 1897 a 98 y siguientes. (Intento de una historia de las ideas Jurídicas en España)*, Imp. de la Revista de Legislación, Madrid, 1897, e *Historia de la Literatura Jurídica Española*, Estab. Tip. de Idamor Moreno, Madrid, 1906, o Sancho Izquierdo, Miguel [1890-1988], *El Fuero de Molina de Aragón*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1916 (Col. Estudios de historia de la literatura jurídica española). Véase también Riaza, Román y García Gallo, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1934, p. 22; García Gallo, Alfonso, *Historia del Derecho español*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 3ª ed. 1943, t. I, p. 11; Peset, Mariano *et al.*, *Historia del Derecho*, Albatros, Valencia, 1993, pp. 27 y 30. En Literatura jurídica extranjera véase por ej.: Holdsworth, William Searle, *Sources and literature of English law*, with a foreword by Justice Atkin, Claredon Press, Oxford, 1925; Lansky, Ralph, *Grundliteratur Recht*, C.H. Beck, München, 1978, 2 vols., o Nelson, William E. y Reid, John Phillip, *The Literature of American legal history*, Oceana, New York, 1985. Mi aportación en punto a bibliografía jurídica son cuatro trabajos: "Prólogo" a Vera Delgado, Ana y García Reche, Gregorio, *Repertorio de Libros Antiguos en el que se recogen las obras publicadas con anterioridad a 1801 que están en la Facultad de Derecho*, Universidad de Málaga– Facultad de Derecho, 1990, pp. 7-12. "Notas sobre literatura jurídica y juristas sevillanos del s. XVII: Juan de Ayllón Laynez", *Archivo Hispalense* (Sevilla), vol. 225, 1991,, pp. 233-238, "Notas sobre literatura jurídica y juristas malagueños

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

III. Intersección instrumental

El Derecho *en* la Literatura plantea una intersección de carácter *instrumental* en recorrido de doble dirección: el Derecho en cuanto recurso literario, y también la Literatura en cuanto recurso jurídico. En ambas direcciones el carácter instrumental de la intersección revierte en utilidades varias.

El Derecho en cuanto recurso literario, es decir, la presencia de lo jurídico en el contexto de la ficción literaria, contribuye a la formación de los juristas a través del entendimiento sociológico y iusfilosófico de las concepciones de la justicia (por ej., ordalías, talión y venganza, justicia retributiva/principio de conciliación) [7] y del Derecho (por ej., derecho natural/derecho positivo). Son así dignas de mención reflexiones como la de Gustav Radbruch exhortando a la lectura de concretas obras en prosa[8] y verso.[9] Por pasiva, esto es, atendiendo a la intersección de lo literario en el

---

del s. XVII: Francisco de Amaya", *Revista de Estudios Antequeranos,* (Antequera. Málaga), vol. 2, 1994), pp. 359-371, y "El derecho escrito. Lectores, lecturas, leyes, lecciones", Presentación a *El derecho escrito. La cultura del libro e impresos jurídicos en las colecciones privadas malagueñas. Siglos XVI-XIX* (3 de febrero-18 de marzo 2005), Cedma, Málaga, 2005, pp. 9-24.

[7] Véase el interesante trabajo de Henberg, Marvin, *Retribution: evil for evil in ethics, law, and literature*, Temple University Press, Philadelphia. Pa., 1990. Por mi parte, el trabajo titulado "Medio rural y Justicia. Literatura social-reformista en España, 1914-1925", en Cunha Paolo Ferreira da (Coord.), *Direito Natural, Justiça e Política* (IIº Coloquio del Instituto Jurídico Interdisciplinar. Faculdade de Direito da Universidade do Porto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005, vol. I, pp. 37-86.

[8] Radbruch, Gustav [1878-1949], *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Verlag Scherer, Heidelberg, 1948, trad. de Wenceslao Roces [1951], *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 4ta edición 1974, pp. 151-152. (Así, France, Anatole [1844-1924], *Crainquebille, Putois, Riquet y otros relatos edificantes*, trad. de Luis Ruiz Contreras, Imp. A. Marzo, Madrid, 1908, o Tolstói, Lev [1828-1910], *Resurrección*, trad. de Mariano Orta Manzano, RBA, Barcelona, 2005 [1889].

[9] Sobre la presencia del Derecho en la poesía es referencia clásica Grimm, Jacob, "Von der Poesie im Recht", *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft,* II, 1816, *pp.* 25-99. El propio Radbruch ocupó su interés jurídico en poetas como Goethe. Véase Gustav Radbruch, "Goethe und K.F. Hommel", en *Idem,*, *Elegantiae Juris Criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*, 2. Auflage, Verlag fur Recht und Gesellschaft AG, Basel, 1950, pp. 176-180 [Karl Ferdinand Hommel (1722-1781) fue profesor de derecho y juez en Leipzig, además de un importante promotor del reformismo penal ilustrado, siendo conocido como el Beccaria alemán, traductor de éste en ed. vienesa de 1786]. Consúltese también la recensión a *Elegantia Juris Criminales* de Radbruch por Grzybowski, Kazimier en *American Journal of Comparative Law*, vol. 3, núm. 4, pp. 603-604. Igualmente, Radbruch, Gustav, "Il diritto nella visione goethana del mondo", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (en adelante *RIFD*), XX, IV-V, 1940, pp. 193-205. Para otras referencias, como por ejemplo a *Maß für Maß* [*Medida por Medida*] de Shakespeare, en su obra *Gestalten und Gedanken*, Acht Studien, Koehler & Amelang, Leipzig, 1944.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Derecho, o Literatura en cuanto recurso jurídico, no carece de oportunidad la referencia a trabajos, ahora clásicos, en los que se destaca el empleo de mecanismos y dispositivos poéticos llevado a cabo por legisladores y jurisconsultos.[10]

No obstante, el beneficio que de ello reporta no sólo aprovecha al tipo de utilidades que Radbruch denominaba genéricamente de "estética del Derecho", o sea, en el rastro de método didáctico y lema de esópica tradición ("instruir deleitando"). Lo observamos también allí donde la divisa de la práctica iuspedagógica parecería rezar con emblema opuesto ("la letra con sangre entra"); es decir, durante el trámite de la instrucción jurídico-dogmática. Porque ciertamente también aquí se obtienen rendimientos que para la experiencia formativa de los juristas suponen adquisición de conocimientos y desarrollo de habilidades. Lo han comprendido de ese modo quienes en la estela de John Henry Wigmore [1863-1943] y su *A List of Legal Novels* (1908 y 1922)[11] hacen uso de esa prospectiva, renovando la

[10] Véanse los trabajos de Fehr, Hans, reunidos en *Kunst und Recht.* Festgabe für Hans Fehr, C. F. Müller, Karlsruhe, 1948, 3 t. [I. *Das Recht im Bilde* (1929); II. *Das Recht in der Dichtung* (1931); III. *Die Dichtung im Recht* (1936)]. Para ejemplos más recientes Johnson, Barbara, "Anthropomorphism in Lyric and Law", *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 10, 1998, pp. 549-574, y en Derecho constitucional, véase Häberle, Peter y López Bofill, Héctor, *Poesía y derecho constitucional: una conversación*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, 2004, que también contiene trad. parcial de *La Constitución de los literatos*, de Häberle (*Das Grundgesetz der Literaten. Der Verfassungsstaat im (Zerr?) Spiegel der Schönen Literatur*, Illustrationen von Bernd Burkhard, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1983). En Derecho penal, García Oviedo, Carlos, "Ideas jurídico-penales contenidas en el Romancero español", en *Revista del Centro de Estudios Histórico de Granada y su Reino*, (1912), pp. 223-250, e *infra* núm. 19. En historia política Cunha, Paulo Ferreira da, "La poésie, signe juridico-politique: l'exemple de l'Al-Andalus Lusitanien. Essais de lecture", en *Idem,*, *Le Droit et les Sens*, L' Atelier de l' Archer, Paris-Orléans, 2000, pp. 106-127. Véase asimismo sobre juristas poetas "Off the Record: An Anthology of Poetry by Lawyers", en *Legal Studies Forum*, vol. 28, num. 1-2, 2004, íntegramente dedicado a la poesía de juristas, en ed. de Elkins, James R..

[11] En *Illinois Law Review*, vol. II, 1908, pp. 574–593, y "A List of One Hundred Legal Novels", en *Idem,*, vol. XVII, 1922, pp. 26-41. Wigmore las organiza en cuatro grupos de novelas: *1*) las que describen escenas de tribunales; *2*) las que muestran rasgos de abogados, jueces, o detallan formas de la vida profesional; *3*) las que exponen métodos jurídicos en el proceso y ejecución penales; y *4*) las que tratan sobre alguna cuestión jurídica tocante a derechos o conductas de los personajes literarios. Véase también Pergolesi, Ferruccio, *Diritto e giustizia nella letteratura moderna, narrativa e teatrale*, Zuffi, Bologna, 1949 p. 25 [reimp. 1956] y Gemmette, Elizabeth Villiers, *Law in Literature. Legal Themes in Short Stories*, Praeger Publishers, New York, 1992 [En espec. Appendix A: 'Wigmore's List of Legal Novels", pp 444-456, y Appendix B: "Weisberg and Kretschman's Expanded List of Law-Related Literary Works",

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

colección de aquel catálogo[12] y ofreciendo y formando ampliadas selecciones y antologías escolares de textos y críticas.[13]

Sin duda, pues, las guías literarias del Derecho (*a literary guide to Law*) son practiquísimas guías de lectura jurídica (*a reader´s guide to Law*), pero poseen además un valor añadido. El cultivo de la intersección Derecho *en* la Literatura, sea mediante el examen el Derecho en cuanto recurso literario o, a la

pp. 457-461, y Appendix C: "Fifty Law-Related Films", pp. 463-467]. Asimismo Breen, Jon L., *Novels Veredicts: A Guide to Courtroom Fiction*, Scarecrow Press, Metuchen (N,J.), 1984.

[12] Véanse reunidas las diversas ampliaciones Kretschman, Karen L., *Legal Novels: An Annotated Bibliography*, University of Texas, Austin, 1979 y Weisberg, Richard, *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, Yale U.P, New Haven and London, 1984. Asimismo la Nota "A New List of Recommended Reading for Prospective Law Students (Faculty of the Michigan Law School)", en *Michigan Law Review*, vol. 83, núm. 4, 1985, Survey of Books Relating to the Law (Feb., 1985), pp. 663-669.

[13] De textos, entre otras, London, Ephraim, *The World of Law: The Law in Literature*, Simon and Schuster, New York, 1960; Suretstk, Harold, "Search for a Theory: An Annotated Bibliography of Writings on the Relation of Law to Literature and the Humanities", en *Rutgers Law Review,* vol. 32, 1979, pp. 727-739; Brook, Thomas, *Cross-examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, cit.; Gemmette, Elizabeth Villiers (ed.), *Law in Literature: Legal Themes in Short Stories*, cit.; *Law in Literature: Legal Themes in Drama*, Whitson Pub. Co., Troy. New York, 1995, *Law in literature: legal themes in Novellas*, Whitson Pub. Co., Troy. New York, 1996, y *Law in Literature: An Annotated Bibliography of Law-Related Works*, Whitston Publishing Co., Troy. New York, 1998; Wishingrad, Jay (ed.), *Legal Fictions: Short Stories About Lawyers and the Law*, edición revisada Overlook Press, Woodstock, 1994; Morison, John y Bell, Christine (eds.), *Tall Stories? Reading Law and Literature*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot 1996; Malaurie, Philippe, *Droit et Littérature. Une anthologie*, Edition Cujas, Paris, 1997; Shapiro, Fred R y Garry, Jane, *Trial and Error: An Oxford Anthology of Legal Stories*, Oxford University Press, Oxford, 1998; Heald, Paul J., *A Guide to Law and Literature for Teachers, Students, and Researchers*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina. Carolina, 1998. En lengua española Fina Sanglas, Albert, *Justicia y Literatura*, Bosch, Barcelona, 1993, y Alamillo Sanz, Fernando J., *La Administración de Justicia en el clásicos españoles. De los jueces, escribanos, alguaciles, cuadrilleros, corchetes, procuradores, pícaros, presidiarios y otras gentes de mal vivir*, Civitas, Madrid, 1996.

De análisis críticos, entre otras, Fisher, John, "Reading Literature/Reading Law: Is There a Literary Jurisprudence?", *Texas Law Review*, vol. 72, 1993, pp. 135-160; Levinson, Sanford y Mailloux, Seven (eds.), *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*, Northwestern University Press, Evaston, 1988; Ledwon, Lenora (ed.), *Law and Literature: Text and Theory*, Garland Publishing, New York, 1995; Rockwood, Bruce L. (ed.), *Law and Literature Perspectives*, *op. cit.*; Freeman, Michael y Lewis, Andrew D. E. (eds.), *Law in Literature. Current Legal Issues*, Oxford University Press, London-New York, 1999, 2 vols. (Nota: Se ha ofrecido por lo general la fecha de aparición, a la que más siguieron numerosas reimpresiones y reediciones). También, aunque en parte, Danovi, Remo, *Tra fantasia e Diritto. List of Novel*, Giuffrè, Milano, 2004. En lengua española el reciente trabajo de Talavera, Pedro, *Derecho y Literatura*, Edit. Comares, Granada, 2006, en especial, caps. II y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

inversa, de la Literatura en cuanto recurso jurídico,[14] no únicamente asiste a la "educación sentimental del jurista",[15] sino que fructifica más allá de favorecer en ese plano de la relación Derecho *y* Literatura una función sólo *estética*, ya que además transforma su provecho en *guía ética*. La inmersión jurídica en las fuentes literarias, y viceversa, actúa con poder de empatía (*power of empathy*) ética. En esta dirección humanista[16] se expresa Nussbaum al opinar que la *imaginación literaria* vale "para guiar a los jueces en sus juicios, a los legisladores en su labor legislativa, y a los políticos cuando midan la calidad de vida de gentes cercanas y lejanas".[17] Y, en efecto, el hábito en esas lecturas "brinda intuiciones que -una vez sometidas a la pertinente crítica- deberían cumplir una función en la construcción de una teoría política y moral adecuada; que desarrolla aptitudes morales sin las cuales los ciudadanos no lograrán forjar una realidad a partir de las conclusiones normativas de una teoría política o moral, por excelente que sea".[18] La imaginación literaria aplicada al Derecho presta servicio de imaginación ético-civil y pública universalizable.

Ahora bien, comparto el parecer de que en el discurso jurídico tal *fabulación literaria*, que desde luego en absoluto tendría por qué no poseer naturaleza lírica (Derecho en la Poesía),[19] debería presentar en cualquier caso

[14] Véase Almog, Shulamit, "Literature Alongside Law as a Contemporary Paradigm", *Cultural Dynamics*, vol. 13, núm. 1, 2001, pp. 53-65.

[15] Tomo la expresión de Larrañaga, Eduardo, *Derecho y literatura*, Universidad Autónoma Metropolitana (Azcapotzalco), División de Ciencias Sociales y Humanidades, México, 1987, p. 23.

[16] Así, Baron, Jane B. califica de "humanistas" a los *law-and-lits*, adeptos al *law and literature*, que sostienen la conveniencia de que los juristas lean Literatura. Véase su trabajo "Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity", *Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 5, 1999, pp. 1059-1085, en esp. p. 1063.

[17] Nussbaum, Martha, *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, *Justicia Poética: La imaginación literaria y la vida pública*, trad. de Carlos Gardini, Edit. Andrés Bello, Barcelona, 1997 [1995], p. 27.

[18] *Ibíd.*, p. 38. Sobre el alcance de la concepción literaria y aristotélica del juicio práctico en Nussbaum, véase Pippin, Robert B., "*Percepire le necessità del tempo*. Letteratura, conoscenza morale e Diritto", en *Ars interpretandi*, vol. 7, 2002, pp. 87-108, en esp., pp. 97-108.

[19] En este punto, señalo una aportación personal con el estudio de temas jurídico-penales en la poesía popular del flamenco andaluz, entendiendo las tonás de carceleras como microrelatos: véase Calvo González, José, *El Cante por Derecho. Las "Carceleras" y el krausofloclorismo andaluz. (Un estudio de Etnología jurídica y Filosofía Penal)*, Ilustraciones de Eugenio Chicano, Ayuntamiento de Málaga, Área de Cultura, Málaga, 2003. Extendiendo el argumento y llevándolo hasta su proximidad con la idea jurídico-política rawlsiana de sociedad justa, me permito recomendar el sugestivo libro de Carta, Paolo, *Il poeta e la polis. Colpa e responsabilità in Wystan H. Auden*, CEDAM, Padova, 2003.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

estructura narrativa.[20] Esa empatía ético-civil y pública universalizable se aprecia particularmente tratándose de la *compasión* —algo distinto del pesar o la pena— hacia las víctimas, del discurso jurídico de género (*legal feminism*) y sobre el derecho de las minorías.[21] Y así, me parecen reveladoras propuestas que partiendo de la relación Derecho *y* Literatura en su intersección Derecho *en* la Literatura, aún admitiendo que no siempre resulte fácil de conseguir la comparación intersubjetiva y la comprensión empática, no obstante promuevan la idea de que Literatura puede contribuir a lograr la promesa moral de trascender nuestra propia condición subjetiva. Es en efecto difícil empatizar con aquellos cuyas experiencias vitales son diferentes a las nuestras. Hay ejemplos clásicos que no han perdido actualidad; v. gr., para un heterosexual es difícil, por ejemplo, *comprender* lo que es *ser* homosexual, para un blanco *comprender* las experiencias de una persona de raza negra. Hay también otros ejemplos más recientes, como que para un nacional resulte difícil *comprehendere* al inmigrante… En verdad puede ser y es difícil trascender nuestra propia experiencia hasta alcanzar la empatía con la experiencia de "los otros", pero entonces "la literatura narrativa, cuando es buena, es el puente que facilita la comprensión empática (…) La metáfora y la narrativa son los medios por los que llegamos a comprender lo que inicialmente nos fue ajeno".[22] En mi experiencia de lector y propugnador de lecturas coincido en que la narrativa nos permite superar las limi-

[20] Véase Roermund, Bert van, "Law is narrative, not Literature", en Witteveen, Willem J. (ed.), *Law, Rhetoric and Literature (Special Issue of Dutch Journal for Legal Philosophy and Legal Theory)*, Tjeenk Willink, Zwolle, pp. 221-227. (Recogido ahora en *Idem*,, *Derecho, relato y realidad*, trad. de Hans Lindahl, Edit. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 13-19).

[21] A título de ejemplo, los trabajos de Bandes, Susan, "Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements", en *University of Chicago Law Review,* vol. 63 1996, pp. 361-412; Frank, Sally, "Eve Was Right to Eat the 'Apple': The Importance of Narrative in the Art of Lawyering", en *Yale Journal of Law and Femenism,* vol. 8, núm. 1, 1996, pp. 79-118; Heald, Paul J., "Introduction. Law and Literature as Ethical Discourse", en *Idem,* (ed.), *Literature & Legal Problem Solving: Law and Literature as Ethical Discourse*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina. Carolina 1998, pp. 3-14, y Melanie, Williams, *Empty Justice: One Hundred Years of Law, Literature and Philosophy*, Cavendish Publishing Ltd., London, 2002. Más en general Heinzelman, Susan Sage y Wiseman, Zipporah, *Representing women: law, literature, and feminism*, Duke University Press, Durham, 1990; Goldstein, Anne B., *Law and literature: representing lesbians*, University of Texas at Austin, School of Law Publications, Austin. Texas, 1992; Bacchilega, Cristina, *Postmodern fairy tales. Gender and narrative strategies*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1997, y Heilburn, Carolyn y Resnik, Judith, "Convergences: Law, Literature and Feminism", en St. Joan, Jacqueline y McElhiney, Annette Bennington (eds.), *Beyond Portia: Women, Law, and Literature in the United States*, Northeastern University Press, Boston, 1997, pp. 11-52.

[22] Gilligan, Carol, *In a Different Voice: Essays on Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, p. 874.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

taciones del hombre económico, prevalecer sobre nuestra identidad y apropiarse la identidad del otro y, con todo ello, excitar el deseo y la pasión de conocer y producir comparaciones intersubjetivas de utilidad, aunque éstas no dispensen del sufrimiento, el dolor y hasta la agonía.

Del resto, no ha de obstar a la percepción del *law-and-lits* que ese *elogio de la lectura* declare —en la mejor acepción de Derecho *en* la Literatura y por relación a la *Literatura en el Derecho*— el valor de la Literatura misma incluso en la *literatura didáctica preparatoria del Derecho*.

En mayo de 1954, Paul Claussen, un muchacho de doce años, escribió a uno de los más renombrados *Justices* norteamericanos, l'inspirateur du tribunal de Nuremberg, el juez Felix Frankfurter, pidiéndole consejo sobre cómo adelantar y mejor prepararse en un futuro estudio del Derecho. El juez le respondió: "May dear Paul, *No less important for a lawyer is the cultivation of the imaginative faculties by reading poetry, seeing great paintings, in the original or in easily availabe reproductions, and listening to great music. Stock your mind with the deposit of much good reading, and widen and deepen your feelings by experiencing vicaurosly as much posible the wonderful mysteries of the universe, and forget all about your future career*". Que, por tanto, de momento, se olvidase de estudiar libros jurídicos; el mejor camino para preparar el ingreso en una Escuela de Leyes consistía más bien en escuchar la mejor música, contemplar las obras maestras de la pintura y, sobre todo, hacer de su mente un depósito de la buena literatura.[23]

IV. Intersección estructural

Cuando denomino intersección *estructural* a la planteada en el Derecho *como* Literatura creo necesario dejar constancia de tres posibles puntualizaciones:

[23] "*My dear Paul,*

No one can be a truly competent lawyer unless he is a cultivated man. If I were you, I would forget about any technical preparation for the law. The best way to prepare for the law is to come to the study of law as a well-read person. Thus alone can one acquire the capacity to use the English language on paper and in speech and with the habits of clear thinking which only a truly liberal education can give. No less important for a lawyer is the cultivation of the imaginative faculties by reading poetry, seeing great paintings ... and listening to great music. Stock your mind with the deposit of much good reading, and widen and deepen your feelings by experiencing vicariously as much as possible the wonderful mysteries of the universe, and forget all about your future career.

With good wishes,

Sincerely yours"

Véase Elman, Philip (ed.), *Of Law and Men: Pappers and Addresses of Felix Frankfurter, 1939-1956*, Brace and Company, New York, Harcourt, 1956, p. 103, o "Felix Frankfurter" (Felix Frankfurter: "Advice to a Young Man Interested in Going into Law", en London, Ephraim (ed.), *The World of Law: The Law as Literature*, cit., p. 725.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

(i) Se trata de una intersección que resulta *un-paso-más-allá* de aquella enunciada en términos de Derecho *en* la Literatura y, en consecuencia, donde la formación jurídico-literaria debida a la lectura no es suficiente, ni tampoco el método exegético de comentario.
(ii) Se trata de un *como si* (*Als-Ob*) o ficción, y
(iii) No se trata de una ficción. El *como* entre Derecho *y* Literatura no consiste en un *como si*. En el Derecho *como* Literatura la intersección Derecho *y* Literatura no viene dada por el recurso mental (*Denkbehelf*) a un eficiente medio de conocimiento (*Erkenntnismittel*) que aproxima la comprensión de una parte de la relación que escapa a la certeza racional de compartir un mismo dato empírico,[24] y mediante el cual no obstante se colmaría la necesidad de equivalencia.

La primera de estas puntualizaciones restablece la peculiaridad de la intersección. La segunda y tercera se excluyen mutuamente. Ahora bien, aunque a mi juicio con sostener la segunda se acabaría incurriendo en la irrealidad de la equivalencia,[25] a los fines operativos de descripción aceptaré que *ab initio* potencialmente una no excluya la otra.

Tomado así, resulta que:
(a) Ante la intersección Derecho *como* Literatura ya no nos hallamos *prima facie* en una reposición de la función instrumental, y que
(b) Su objetivo de *paralelismo* apunta —opcionalmente— sea la adyacencia, sea la simetría entre textos jurídicos y creaciones literarias.

La opción primera de *paralelismo* da cabida a las "hipótesis estéticas", tanto pueda ser la retórico-poética de Benjamín Nathan Cardozo,[26] sobre vínculos existentes entre la opinión judicial y el arte literario y en torno al

[24] Véase Vaihinger, Hans, *Die Philosophie des Als-Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Felix Meiner Verlag, Leipzig, 1922 [1920] p. 19 [1ª ed. 1920], y Martínez García, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, Edit. Debate, Madrid, 1992, pp. 95 y ss.

[25] A veces, sin advertirlo. Véase Alpa, Guido, "*Law & Literature*: Un inventario di questioni", *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, vol. XIII, núm. 2, 1997, p. 175: "la expresión derecho *como* literatura, es decir, el análisis del texto jurídico *como si* fuera un texto literario". (Nota: la cursiva es mía).

[26] Cardozo, Benjamin N., "Law and Literature", *Yale Law Review*, Vo. 14, 1925, pp. 699-718 [Asimismo en reeds. Cardozo, Benjamin N., *Law and Literature, and Other Essays and Addresses*, Harcourt, Brace & Co., New York, 1931, e *Idem*,, "Law and Literature", en Hall, Margaret E. (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Co., New York, 1947, pp. 339-428, y con Pref. de Edwin W. Patterson, Matthew Bender, Albany. New York, 1967, reimp. facs. 1980]. Véase también Weisberg, Richard H., "Law, Literature, and Cardozo's Judicial Poetics", *Cardozo Law Review*, vol. 1, 1979, pp. 283-342, y por extenso *Idem*,, *Poethics: And Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, New York, 1992.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

estilo de redacción de las sentencias y su rango estético (magisterial o imperativa, lacónica, conversacional, refinada o artificial, demostrativa o persuasiva, y tensorial), como la más hermenéutica de Ronald Dworkin.[27] En ambas la postulación concluye meramente en términos de analogía. Así, pues, Derecho *a modo de* o *según* Literatura.

[27] Dworkin, Ronald, "Law as Interpretation", *Critical Inquiry*, vol. 9, 1982-1983, pp. 179-200, reimp. como "How is Law like Literature", en *Idem*,, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 146-166. Existe trad. de José Manuel Pombo Abondano "Cómo el derecho se parece a la literatura", en Rodríguez, César (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de Los Andes- Siglo del Hombre Editores, Santa Fe de Bogotá (Colombia), 1997, pp. 143-180, por donde se cita, en esp.. pp. 149, 150, 168-169: [A los juristas] "les vendría bien estudiar interpretaciones literarias y artísticas. Puede no parecer un buen consejo -salir de Guatemala para meterse en Guatepeor- ya que los mismos críticos están muy divididos en cuanto a lo que la interpretación literaria es, cosa que no mejora en las otras artes... Para que [los juristas] puedan sacar provecho de una comparación entre lo que es la interpretación jurídica y la literaria, es menester que vean la segunda desde cierta perspectiva... Mi sugerencia aparentemente banal -que he llamado *hipótesis estética*- es la siguiente: lo que la interpretación de un texto literario busca es mostrar qué lectura -o voz o dirección, o actuación- es capaz de revelarnos al texto como una verdadera obra de arte... Lo que la interpretación de un texto pretende es mostrar "la obra" como la mejor obra de arte que "puede ser"... He dicho que la interpretación literaria busca mostrar cómo la obra en cuestión puede verse en su mejor luz en tanto obra de arte, y por lo tanto -dicha interpretación- debe cuidar de rasgos formales de unidad, identidad y coherencia, así como consideraciones sustantivas de valor artístico. Una interpretación viable de la práctica del derecho debe también, de manera análoga, pasar un examen de doble filo: debe ajustarse a dicha práctica y debe mostrar un valor, un punto. Pero el valor o punto en este caso no puede ser artístico *porque el derecho no es una labor artística*. La ley es una empresa política cuyo asunto más general, de existir alguno, descansa en la coordinación de los esfuerzos del individuo y los de la comunidad, o en resolver disputas tanto sociales como individuales, o en asegurar que se haga justicia entre los ciudadanos y entre ellos y el Estado o cualquier combinación posible entre estos elementos... Así las cosas, la interpretación de cualquier cuerpo o división del derecho debe mostrar el valor de tal cuerpo jurídico en términos políticos, demostrando -o mostrando- el mejor de los principios que dicho cuerpo debe tener para prestar un servicio". (Nota: la cursiva es mía). En cuanto a la bien conocida y ciertamente afortunada metáfora de la *chain novel* (Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, cap. 7 [trad. de Claudia Ferrari, *El Imperio de la ley*, Edit. Gedisa, Barcelona, 1992]) referida a la idea de coherencia interna del sistema jurídico, ha de ser tenida como ajena a cualquiera pretensión que pudiera exceder su carácter de *analogía*. Véase también Ruiz Tagle, Pablo, "La novela legal en serie y el concepto de Derecho: Una teoría de Ronald Dworkin" (1988), *Idem*,, *Derecho, Justicia y Libertad. Ensayos de Derecho Chileno y. Comparado,* Fontamara, México D. F., 2002, pp. 47-57, y sobre su conexión con la teoría del precedente judicial Lindquist, Stefanie A. Y Cross, Frank B., "Empirical Testing Dworkin's Chain Novel theory: studying the paths of precedent", *New York University Law Review*, vol. 80, 2005, pp. 1156- 1206.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Algo muy diferente sucede en la segunda opción. Al enfrentar el problema del proceso hermenéutico la moderna (postmoderna) teoría tanto de la Literatura como del Derecho promueve el *paralelismo* con la propuesta de la *muerte* del autor/legislador (intención del autor/*voluntas legislatoris*) y la *resurrección* del texto y el lector a través de constructos heurísticos tales que dialogismo intertextual y comunidades interpretativas. Es decir, la estética de la recepción literaria (*Rezeptionsästhetik*) —heredera del viejo y genérico adagio hermenéutico *quidquid recipitur, ad modum recipientes recipitur*— y la nueva retórica sobre la interacción texto/lector *como* (*en tanto que* o *tal que*) teoría de la interpretación —y aplicación— jurídicas.[28] El parangón tiene aquí una intensidad mayor y más penetrante que en la opción precedente, donde el símil no superaba el estadio de comparación parcial o sólo limitada. Lo que ahora se apunta en la trayectoria de los *hermeneutic law-and-lits* es a la simetría. Ello determina, desde mi punto de vista, que la diferencia existente entre ambas opciones no sea de grado, sino de índole, y en consecuencia que si la razón de cotejo en cada una ni es común ni tampoco intercambiable, lo más lógico sería reajustar la opción primera a su propia línea de fuga, ubicándola en el área de una intersección diferente, resultando adecuada la de Derecho *en* la Literatura (dirección Literatura *en* el Derecho).

Por lo demás, deteniéndonos a observar otro de los grandes recorridos que proyecta hacia la intersección Derecho *como* Literatura veremos reproducida una situación relativamente similar a la anterior. Me refiero a la trayectoria seguida por los *narrative law-and-lits*.

[28] White, James Boyd, *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Brown and Company, Little. Boston Mass, 1973 (2ª ed. 1985) y *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, University of Wisconsin Press, Madison, 1985; Fish, Stanley, "Is Here a tex in this Class?", en *Idem*,, *Is Here a text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Harvard University Press, Cambridge Mass. & London, 1980, pp. 303-321, y *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, Durham and London, 1989; Levinson, Saford y Mailloux, Steven, *Interpretating, Law and Literature. A Hermeneutic Reader*, cit.; Douzinas, Costas, Warrington, Ronnie y McVeigh, Shaun (eds.), *Postmodern jurisprudence. The law of text in the texts of law*, Routledge & Kegan Paul, London, 1991; Calvo González, José, *Comunidad Jurídica y Experiencia Interpretativa. (Un modelo de juego intertextual para el Derecho)*, Edit. Ariel, Barcelona, 1992; Berns, Sandra, *Concise Jurisprudence*, The Federation Press, Sydney, 1993; Douzinas, Costas y Warrington, Ronnie, *Justice miscarried. Ethics and aesthetics in law*, Harvester Wheatsheaf, New York, 1994, y Julius, Anthony, "Introduction", en Freeman, Michael y Lewis, Andrew D. E., *Law and Literature. Current Legal Issues*, cit., vol. 2, pp. xixxv. Más en general Minda, Gary, *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*, New York University Press, New York, 1995.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Al hablar de Derecho *como* Narración la pertinente puntualización señalaría en este caso lo siguiente:[29]

(i) Que en términos de comparación Derecho *y* Narración van construidos *como* (*según* o *a modo de*) una alegoría. En Derecho *como* Narración aquello por lo que el Derecho se interesa se da a entender mediante lo que representa o significa Narración.

(ii) Que en términos de comparación Derecho *y* Narración van construidos *como* una ficción (*como si*).

(iii) Que en términos de comparación Derecho *y* Narración van construidos *como* (*en tanto que* o *tal que*) recíprocamente inherentes. En Derecho *como* Narración aquello por lo que el Derecho se interesa se da a entender sin acudir a un tropo o lenguaje figurado, ni a una ficción.

Tomado así, resulta que:

(a) Ante la intersección Derecho *como* Literatura tampoco aquí nos hallamos –*prima facie*– en una reposición de la función instrumental, y que

(b) Su objetivo de *paralelismo* apunta —opcionalmente— sea a la adyacencia, sea a la simetría entre textos jurídicos y creaciones literarias (narrativas).

De las tres puntualizaciones, la primera concierne en su asunto al interés por las tramas narrativas de las historias relatadas entre los diversos operadores (clientes y en general usuarios de la administración de justicia, partes procesales técnico-jurídicas, y jurados y jueces) en la práctica procesal (*courtroom drama*), atendidas de acuerdo a su relevancia persuasiva,[30] pudiendo alcanzar en algún caso a la alegorización narrativa del "gesto judicial" (relato del principio de imparcialidad objetiva y subjetiva)[31] o de determinadas construcciones doctrinales (relato del principio de igual-

[29] Deduzco una parte del argumento en Binder, Guyora y Weisberg, Robert, *Literary Criticisms of law*, Princeton University Press, Princeton. New Jersey, 2000, pp. 201 y ss. y 261 y ss.

[30] Véase Bruner, Jerome, *Making stories: law, literature, life*, Farrar, Straus, and Giroux, New York, 2002 (*La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida*, trad. de Luciano Padilla López, FCE-Argentina, Buenos Aires, 2003), y AA. VV., *How to succeed in the courtroom. The secrets of persuasive storytelling*, Minnesota Continuing Legal Education, St. Paul, Minn. 2006.

[31] Lo que se narra es el relato de la imagen y conducta gestual de los jueces. Véase mi trabajo *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Editorial Ágora, Málaga, 1996 (2ª ed. 2002).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

dad),[32] y desde una versión *passionately* -como la de Cover- también al sistema y aparato de la jurisdicción como *jurispática* (iuris-patética) y a la eficiencia de los relatos fundacionales frente el *nomos* y derechos actuales.[33] La segunda, que de ordinario parte admitiendo las posibilidades de la Literatura *en* el Derecho,[34] añade que al contener las teorías jurídicas un componente narrativo (*Teoría narrativista del Derecho. Narrative Jurisprudente*)[35] cabe analizarlas *como* (*en tanto que* o *tal que*) Literatura, esto es, sosteniendo una "hipótesis estética", pese a que su capacidad explicativa no resulte completa.[36] Así pues, siendo imperfecta la equivalencia entre Derecho *y* Narración —pues en el *paralelismo* de uno con otra aquél mantiene un punto de fuga

[32] Los artículos de Bell, Derrick, "The final report: Harvard's affirmative action allegory" (pp. 2382-2410) y Delgado, Richard, "Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative", (pp. 2411-2441), ambos en *Michigan Law Review*, vol. 87, 1989.

[33] Cover, Robert M., "Nomos and Narrative", *Harvard Law Review*, vol. 97, núm. 4, 1983, pp. 4-68, luego recogido en Minow, Martha, Ryan, Michael y Sarat, Austin (eds.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, The University Michihgan Press, Ann Arbor, Mich., 1993, y parte asimismo de Cover, Robert M., *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial*, trad. y ed. a cargo de Christian Courtis, Edit. Gedisa, Barcelona, 2002 [véase mi recensión en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid) [en adelante *AFD*], XXII, 2005, pp. 445-450]. En la ed. de Minow *et al*. es particularmente interesante el trabajo titulado "The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction", pp. 173-201. Para el área de Derecho Constitucional merece mención el trabajo de LaRue, Lewis Henry, *Constitutional Law as Fiction: Narrative in the Rhetoric of Authority*, Pennsylvania State University Press, University Park. PA., 1995.

[34] Sobre el tratamiento de la dimensión narrativa en el orden de la enseñanza jurídica puede consultarse Elkins, James R., "The Quest for Meaning: Narrative Accounts of Legal Education", *Journal of Legal Education*, vol. 38, 1988, pp. 577-598, y el núm. 40, 1-2 del *Journal of Legal Education*, de 1990 (Pedagogy of Narrative: A Symposium), con trabajos de Elkins, James R., "The Stories We Tell Ourselves in Law", pp. 47-63; McThenia, Andrew W., "Telling a Story About Storytelling", pp. 67-76; Friedrichs, David O., "Narrative Jurisprudence and Other Heresies: Legal Education at the Margin", pp. 3-18, y Batt, John, "Law, Science, and Narrative: Reflections on Brain Science, Electronic Media, Story, and Law Learning", en *Journal of Legal Education*, vol. 40, núm. 3, 1990, pp. 19-46.

[35] Elkins, James R., "Narrative Jurisprudence", *Legal Studies Forum*, vol. 9, 1985, pp. 123-234.

[36] Véase West, Robin, *Narrative, Auhtority, and Law*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, Mich., 1993. Cap. 8: "Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Moder Legal Theory". pp. 345-418, en esp. p. 410: "Tres diferentes inferencias respecto a la forma en que leemos las teorías jurídicas emergen de nuestro análisis sobre tales teorías como narrativa. Primero, si las teorías jurídicas le deben algo a nuestra imaginación literaria no pueden ser completamente entendidas y no deben ser leídas como un puro análisis filosófico. Segundo, si las teorías jurídicas le deben algo a nuestra imaginación literaria no pueden ser debidamente entendidas sólo como un producto de nuestros deseos. Por lo tanto, las teorías jurídicas no deben ser entendidas ni leídas simplemente como una rama de la retórica política. Tercero, debido a que las teorías jurídicas son *en parte* producto de nuestra imaginación literaria deben ser entendidas y leídas *en parte como* arte".

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

respecto de ésta— se representa no obstante *como si* no lo fuera. Y está, por último, la tercera puntualización que, en especial sin abandonar el ámbito jurisdiccional[37] (*litigation*), perfila la relación Derecho *y* Narración *como* (*en tanto que* o *tal que*) *Narrative Criticism of Law*. Su preocupación y alcance explicativo se apoya en la naturaleza narrativa inherente a varios institutos procesales (confesión),[38] al razonamiento jurídico y las decisiones judiciales,[39] a la praxis tribunalicia en su conjunto,[40] al discurso e interpretación operativa de los hechos,[41] al razonamiento probatorio,[42] a la verdad judicial,[43] al *iudicium facti*,[44] al precedente judicial,[45] etc., asimismo prolongándola y ex-

[37] Kurzon, Dennis, "How Lawyers Tell Their Tales: Narrative Aspects of a Lawyer's Brief", *Poetics*, vol. 14, 1985, pp. 467-481; O'Barr, William M. y Conley, John M., "Litigant satisfaction versus legal adequacy in small claims court narratives", en Levi, Judith y Walker, Anne Graffam (eds.), *Language in the Judicial Process*, Plenum Press, New York, 1990, pp. 97-131, y Weisberg, Robert, "Proclaiming trials as narratives: premises and pretenses", Brooks, Peter y Gewirtz, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative and rhetoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1994, pp. 75-83.

[38] Brooks, Peter, "Storytelling without fear? Confession in law and literature", Brooks, Peter y Gewirtz, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative an rhetoric in the Law*, cit., pp. 114-134, y *Troubling Confessions: Speaking Guilt in Law and Literature*, University of Chicago Press, Chicago, 2000.

[39] Véanse trabajos de Levinson, Sanford, "The rhetoric of the judicial opinion" (pp. 196-200), Leval, Pierre N., "Judicial opinions as literature" (pp. 206-210), y Balkin, Jack M., "A night in the topics: the reason of legal rhetoric and the rhetoric of legal reason" (pp. 211-224), en Brooks, Peter y Gewirtz, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative and rethoric in the Law*, cit., y Snedaker, Kathryn Holmes, "Storytelling in Opening Statements: Framing the Argumentation of the Trial", *American Journal of Trial Advocacy*, vol. 10, 1986, pp. 15-45 (Recogido también en Papke, David R. (ed.), *Narrative and the Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the Law*, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1991, cap. 7).

[40] Aguiar e Silva, Joana, *A prática judiciária entre Direito e Literatura*, Livraria Almedina, Coimbra-Porto, 2001.

[41] Véase Jackson, Bernard S., *Law, fact, and narrative coherence*, Deborah Charles Publications, Merseyside. Liverpool, 1988. También mi trabajo *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, 2da edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1998 [1993].

[42] Véase Jackson, Bernard S., "Narrative Models in Legal Proof", *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. I, núm. 3, 1988, pp. 225-246 [Recogido también en Papke, David R.. (ed.), cit., pp. 158-178]. Asimismo mi trabajo "Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)", *AFD*, XVIII, 2001, pp. 13-33.

[43] Véase mi trabajo "La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo", en *Idem*, (Coord.), *Verdad [Narración] Justicia*, Universidad de Málaga, Málaga, 1998, pp. 7-38. (También publicado en *RIFD*, vol. 1, 1999, pp. 27-54).

[44] Véase mi trabajo "Modelo narrativo del juicio de hecho: *inventio* y *ratiocinatio*", en Zapatero, Virgilio (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, T. II, pp. 93-102.

[45] Mi trabajo "Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)", *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), vol. 33, 1994, pp. 33-43., y Yoshimo,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tendiéndola a otros muchos,[46] todo ello como parte de la tarea de construcción de una *Teoría narrativista del Derecho* (*Narrative Jurisprudente*).

Aquí, y en general para Derecho *como* Literatura, el principal *handicap* sigue estando en el poso de incomprensión —a menudo revestido de superioridad doctrinal— que algún tipo de juristas aún opone a la Literatura, y en la renuencia o resistencia –tantas veces compartida entre todos– a la elaboración interdisciplinaria (*cross-disciplinary*) del conocimiento.

V. Intersección institucional

El Derecho y la Literatura comparten una misma práctica poética. Ella no es otra que la efectiva capacidad de instituir lo social, de hacer pasar de la naturaleza a la cultura, de tipificar actos y procesos de sentido compartido, esto es, institucionalizar *imaginarios sociales*. Desde esa óptica la intersección Derecho *y* Literatura que en el Derecho *con* la Literatura llamo por ese motivo *institucional* aconseja, si no reclama, al menos tres puntualizaciones a fin de constatar:

(i) Que en lo jurídico y lo literario se alojan prácticas sociales instituyentes

(ii) Que esa dualidad instituyente puede aprovechar del préstamo de ciertas formas literarias de los cánones de poética jurídica

(iii) Que, por lo que aquí particularmente nos ocupa en interés a una *Teoría literaria del Derecho*, el propósito es conocer la apropiación por la práctica jurídica institucional de formas arquetípicas de la poética literaria.

Tomado así, resulta que:

(a) La intersección Derecho *con* Literatura no reedita una función instrumental, sea en sentido amplio (v. gr.: el Derecho *de la* Literatura) o estricto (v. gr.: el Derecho *en la* Literatura/la Literatura *en el* Derecho)

Kenji, "Lo Pasado es Prólogo: El Precedente en la Literatura y en el Derecho" *Revista Derecho y Humanidades* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) vol. 8, 2000-2001, pp. 139-173 [trad. de Jorge Edwars, Carlos Franz y Samuel Uribe].

[46] Para un interface derecho, psicología y semiótica Wagenaar, Willem Albert, Van Koppen, Peter J. Y Crombag, Hans F.-M., *Anchored Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*, St. Martin´s Press, New York, 1993. Véanse asimismo otros varios trabajos contenidos en mi libro *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho,* Edit. Ariel, Barcelona, 1996.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

(b) Tampoco reproduce la intersección Derecho *como* Literatura, pues no reincide en paralelos de afinidad mediante estatuto de comparación directa o indirecta

(c) En cualquier caso, es ajena a la transposición o compensación sustitutiva (Derecho *por* o *en lugar de* Literatura)

(d) Los vectores jurídico y literario de la intersección Derecho *con* Literatura se hallan en una relación (Derecho *y* Literatura) de *para*igualdad

De lo anterior y en conjunto, la intersección Derecho *y* Literatura en el Derecho *con* la Literatura introduce una variante nueva, consistente en la apropiación por lo jurídico de la práctica literaria institucional, así pudiendo distinguirse dos modalidades, de acuerdo a la específica circunstancia con que aquélla se ejecute o suceda: *con* traslación (transporte), o *con* trascripción (reproducción). La oportunidad y marco de discusión de esta intersección institucional tienen como referencia los retos planteados a la Ciencia del Derecho por la crisis del paradigma jurídico de la modernidad,[47] y que en Literatura se remontan al desafío de la interacción texto-lector en las escuelas estructuralistas y las teorías del *Textlinguistik*.

Desde luego, a la interrogante de si los juristas han sido *insiders* de la literatura o más bien *out-siders*, podremos hallar respuesta, en el sentido de haber existido precedentes de apropiación de la Literatura por el Derecho, asimismo durante el período en que se originó el actual paradigma en crisis, esto es con el movimiento codificador.[48]

Y, en efecto, fue entonces cuando se produjeron varios fenómenos que, de modo absolutamente genuino y exponencial, ponen en relación Derecho *y* Literatura precisamente haciendo Derecho *con* Literatura. El legislador apareció allí, como nunca antes, en el papel de lector de la escritura social cuya lectura se trasladaría (*scriptor librarius*, o copista) y transcribiría al texto de la ley (de *legere*-leer) también nunca antes como hasta ese momento. El legislador allí, por tanto, como un lector que escribía en una parte lo que estaba escrito en otra, dándolo luego en lectura, pero cuya escritura fijaba de tal manera la comunicación normativa y la transporta a sus destinatarios de un modo tan intenso y penetrante —mucho más que cuando en la Anti-

[47] Acerca de ello Ziolkowski, Theodore, *The Mirror of Justice. Literary Reflections of Legal Crises*, Princeton University Press, Princeton. New Jersey, 1997.

[48] Así se advierte en Alemania durante las discusiones sobre la Codificación, cf. Ziolkowski, Theodore, *German Romanticism and its Institutions*, Princeton University Press, Princeton. New Jersey, 1990, p. 80. Véase asimismo Engell, James, *The Creative Imagination: Enlightenment to Romanticism*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1981. También Ost, François, *Raconter la loi, Aux sources de l´imaginaire juridique*, cit.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

güedad esa incisión se realizaba sobre una superficie encerada mediante un instrumento punzante, el *calamus*— que aquella trascripción al texto físico, al objeto físico *texto*, al *caudex*, esto es la corteza del árbol (*liber libri*), o lo que es igual, al *codex* (la tablilla para escribir), se convertía en *código* o libro escrito del Derecho. Ese poderosísimo proceso de textualización jurídica, representado en la reducción a escritura de todo el Derecho, será asimismo, por excelencia, un proceso de objetivación y ordenación sistemática en el que quedará fuera de la realidad social legible (legal) cualquier derecho no escrito (derecho natural), no inscrito en el *Código*. El Código, el lugar de la escritura del Derecho como lectura de la escritura social daba a leer ésta como escritura jurídica, y a su vez ésta se leía como la escritura de ese texto, que era la del Derecho puesto por escrito.

Por tanto, la institución social de la lectura/escritura, práctica literaria, se transformó —*con* traslación (transporte) y *con* trascripción (reproducción) — a través de esa reducción eurocontinental del Derecho al texto escrito (*positum*) de un Código, en práctica fundacional jurídica, y aún más, hizo de la escritura legal institución formal (la forma del Derecho era su escritura pública), y de su disposición prescripta (pre-*scripta*), el modo de recognoscibilidad social cuya expresión categorical encontraremos en la Constitución, la *Grundnorm*, clausura además del sistema jurídico en su totalidad; cerramiento que, como se sabe, tendrá su corolario gráfico más representativo en la pirámide kelseniana, icono de una teoría de la gradación jerárquica (*Stufentheorie*) útil para describir en imaginal ascenso —reencumbrada hasta una norma hipotética fundamental— o en descenso, el recorrido y la estructura de formación del Derecho válido y la soberanía jurídico-política.

Pero, en todo caso, lo que ahora importa es evidenciar que, incluso si todavía en gran parte mentalmente condicionados por aquella *imaginación jurídica* decimonónica (concepto, metodología y fuentes del Derecho), la deriva de ese modelo de derecho escrito y textualmente formalizado (positivismo jurídico formalista), denunciada ya desde muy temprano como "fetichismo de la ley escrita y codificada" y "culto supersticioso de la voluntad legislativa",[49] nos sitúa hoy, desde hace tiempo,[50] frente a su patente e

[49] Véase Gény, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, A.Chevalier-Maresq et Cie, Paris, 1899, 2ª. ed., LGDJ, Paris, 1919, T. I, § 35 p. 70 y § 60 p. 126. [Puede consultarse ed. reciente, reimp. de la versión española de 1925 (2ª ed.), con Estudio Prel. de José Luis Monereo Pérez, Edit. Comares, Granada, 2000, pp. 53, 100]. Asimismo Husson, León, "Analyse critique de la méthode de l'exégèse", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 17, 1972, pp. 115-133. También recogido en *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, París, 1974, p. 184.

[50] Irti, Natalio, *L'età della decodificazione*, 4ta edición Giuffrè, Milano, 1999[1979], pp. 16 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

irreversible crisis. La constatación más inequívoca es hallarnos de lleno en *el tiempo de la decodificación*. Y es que la figura piramidal del Derecho se ha truncado. El Derecho de la edad posmoderna se refigura desde ya como una pirámide truncada, o por mejor decir, como una meseta, y aún más, como *mil mesetas*.[51]

El emblema posmoderno de esa geografía jurídica *milmesetaria* es la complejidad, y su signo la red.[52] El rizoma,[53] la iconografía de enredadera, implica reformulaciones acerca de la centralidad y estabilidad jurídico-productivas,[54] y acoger las ideas de multiplicidad de centros y movilidad. También el abandono de la incomunicación de categorías y su reemplazo por principios de concurrencia. Este es el desafío que la relación Derecho *y* Literatura[55] debe aceptar y asumir en su intersección Derecho *con* Literatura, renovando críticamente el enfoque de la vieja textualización jurídica a tres niveles: *relectura*, *reescritura* y *oralización* del Derecho.

Y así pues,

1) En la *relectura* (reinterpretación del sentido del texto), comoquiera que los fenómenos de descodificación comportan problemas de comunicabilidad del texto hacia sus destinatarios, se debería recobrar la pragmática de una complejidad donde la legibilidad del código fuera su legética como texto de "derecho que habla a todos",[56] abriendo a una nueva codificación

[51] Véase Deleuze, Gilles y Guatari, Felix, *Mil mesetas*, trad. de José Vázquez Pérez. Edit. Pre-textos, Valencia, 1994 [1980].

[52] Ost, François y Kerchove, Michel van de, "De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?", *Revue Interdisciplinaire d´Etudes juridiques*, vol. 44, 2000, pp. 1-82, y *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Facultes universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002. Asimismo varios de los trabajos contenidos en el núm. 49, 2002 (monográfico "Le Droit en perspectiva interculturelle. Images réfléchies de la pyramide et du réseau"), *Revue Interdisciplinaire d´Etudes juridiques*, destacando: Vanderlinden, Jacques, "Réseaux, pirámide et pluralisme ou Regards sur la reencontré de deux aspirants-paradigmes de la science juridique" (pp. 11-36), y Woodman, Gordon, "Observations sur les limites de la métaphore" (pp. 37-49).

[53] Véase Deleuze, Gilles y Guatari, Felix, *Rizoma: (introducción)* (1976), trad. de Víctor Navarro *et al.*, Edit. Pre-Textos, Valencia, 2005.

[54] Véase Ost, François y Jadot, Benoît, *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1999.

[55] Véase Ost, François, Kerchove, Michel van de, Van Eynde, Laurent y Gerard, Philippe, *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001.

[56] "Esta refundación popular del derecho, esta reconciliación del derecho con el pueblo, podría constituir el punto de partida de una nueva "revolución jurídica" (…) si la complejidad sigue siendo un reto para la convivencia humana, no está claro que la respuesta tenga que ser la de su reducción epistemológica o normativa. Quizás al revés. La forma más eficaz

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

jurídica (refundación o recreación del Derecho) no reductiva ni epistemológica ni normativamente.

2) Respecto a la *reescritura*, idea de una renovada escritura del Derecho, se integra de varias dimensiones, y son:

-La reescritura como aceptación de las transformaciones operadas en la categorización monopolística del poder-autoría de escritura del texto por la pragmática de la multiplicidad concurrencial de otros poderes-autores. Los textos de *legística*[57] y los textos jurisprudenciales han de aparecer situados a un nivel *para*igual de escritura jurídica.[58] Reescritura, en consecuencia, de la teoría de las fuentes del Derecho escrito. Asimismo, la apertura del modelo general de la categorización jurídica también a los aportes de semiología.[59]

-La reescritura del género del autor histórico de la escritura del derecho. El texto de las leyes y el de su aplicación judicial se escribió tradicionalmente desde y para el género masculino. Reescritura, en consecuencia, de un "Derecho para dos".[60]

---

de superar los obstáculos de la complejidad sea la de reconstruir instrumentos de conocimiento, de descripción y de normativización también cada día más complejos (…) un derecho para la vida no puede dejar de nacer sino de la irreductiblemente caótica naturaleza de la misma vida". Cf. Hespanha, Antonio Manuel, "Código y complejidad", in Cappellini, Paolo y Sordi, Bernardo (eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffré, Milano, 2002, pp. 148-163, en esp. p. 162. Veáse también Corsale, Massimo, "La codificazione vista dall'età della decodificazione", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 2, 1993, pp. 423-437.

[57] Véase Pagano, Rodolfo, *Introduzione alla legistica. L´arte di preparare le leggi*, 3ra edición, Giuffrè, Milano, 2001, y bibliografía en pp. 369-408.

[58] Véase la defensa de esta tesis en mi trabajo "Iurisdictio como traducción", en *Revista del Poder Judicial* (Madrid), vol. 39, 1995, pp. 381-387. Asimismo incluido en *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, cit., pp. 107-118, y publicado en versión francesa ("Iurisdictio comme traduction") *EYAIKIA Revue du Centre International de Philosophie et Théorie du Droit* (Atenas), vol. 5-6, 1999), pp. 115-123. Con posterioridad resoluciones judiciales nacionales [*Sentencia Tribunal Supremo* (España), de 13 de febrero 1999 (Centro de Documentación Judicial 1999/386): cuando una decisión jurisprudencial "es declarada formalmente obligatoria (…) desempeña exactamente el mismo papel que la ley")] y de la Corte Europea de Derechos del Hombre [*Arrêt Cantón v. France*, de 15 de novembre 1996, § 26, al sostener que la noción de ley (art. 7 de la Convention) "englobe le droit d´origine tant législative que jurisprudentielle"].

[59] Véase Papaux, Alain, "Un modèle dynamique de catégorisation juridique: *l'encyclopédie* semiotique de U. Eco", *Internacional Journal for the Semiotics of Law*, vol. 17, núm. 1, 2004, pp. 1-25.

[60] Véase Pitch, Tamar, *Un derecho para Dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad* (1998), trad. de Cristina García Pascual, Edit. Trotta, Madrid, 2003. Asimismo Berns, Sandra, *To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power*, Ashgate Publishing Co., Aldershot, 1999 y recensión de Monereo Atienza, Cristina *AFD*, Vol XX, 2003, pp. 327-335.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

-La reescritura, por último, como operación material. Las modificaciones de la escritura de los textos producidas con la evolución de la tecnología escritorial han originado importantes consecuencias en la historia de la escritura del Derecho, así en orden jurídico-político (estabilidad de los imperios y el desarrollo de la burocracia), como también para la dominancia hegemónica de un cierto modelo de Derecho (el puesto por escrito en un Código) durante la presencia colonial de potencias europeas, y tras ella, en territorios no occidentales.[61] En la actualidad, la informática interviene en el proceso de escritura de los textos jurídicos generando con el procedimiento de la escritura digital, por influencia epistemológica global y naturaleza virtual de la visibilidad de todo el derecho escrito (positivo), una renovada comprensión de los agentes y funciones codificadoras.[62]

3) Finalmente, en cuanto a *oralización*, su concepto invierte la tradicional relación con el texto cuyo presupuesto era la escritura como ortofonía de la palabra oral. Ahora se trata de la oralización de la palabra escrita. El alcance de este replanteamiento, tanto sea en alteración como en alternativa al modelo de "escriturismo" jurídico, permite descubrir y consignar igualmente diversas manifestaciones:

- La que muestra el tránsito a la oralización de la escritura jurídica, y por tanto un acortamiento de la distancia entre derecho escrito y derecho oral, en las reformas de las leyes procedimentales del sistema de justicia penal y administrativa, con rehabilitación de las habilidades y competencias retóricas y técnicas de litigación adversarial entre las representaciones y defensas técnico-jurídicas participantes en la sustanciación de procedimientos judiciales y, en general, en el conjunto de tareas

[61] Véase Goody, Jack, *Entre l'oralité et l'écriture*, PUF, Paris, 1994, p. 11, y Martin, Henri-Jean, *Historia y poderes de lo escrito*, trad. de Emiliano Fernández Prado- Ana Rodríguez Navarro, Eds. Trea, Gijón, 1999. Capítulo III. La palabra y la letra. 1. La escritura del derecho: la costumbre y la ley. También Starr, June, *Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice*, State University of New York Press, Albany. New York, 1992, o Messick, Brinkley M., *The Calligraphic State: Textual Domination and History in a Muslim Society*, University of California Press, Berkeley- Los Ángeles, 1993, y "L'écriture en procès: les récits d'un meurtre dévant un tribunal shar'î", *Droit et Société*, vol. 39, 1998, pp. 337-256.

[62] Véase Bourcier, Danièle y Mackay, Pierre, *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, Paris, 1992; Thomasset, Claude, *et al.* (dir.), *Le droit saisi par l'ordinateur*, Éditions Blais, Cowansville, 1993; Bourcier, Danièle y Thomasset, Claude (dir.), *L'écriture du droit face aux technologies de l'information*, Romillat, Paris, 1996; Bourcier, Danièle ; Hassett, Patricia t Roquilly, Christophe (dir.) *Droit et Intelligence artificielle. Une révolution de la connaissance juridique*, Paris, Romillat, 2000 y Bourcier, Danièle, *Inteligencia artificial y Derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2003.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

jurídicas relacionadas con la impartición de la Justicia.[63] Esta tendencia a la oralidad frente al procedimiento escrito, es decir, a sustituir los enjuiciamientos escritos por los juicios públicos orales, es prácticamente global, remonta significativamente al pensamiento ilustrado -(v. gr: Voltaire, *Histoire d´Élisabeth Canning et de Calas*, 1762), y otros como Filangieri, Romagnosi, Pagano y Bentham)- que lo vinculó a los principios de publicidad, inmediatez y transparencia procesal. Significativo es también que por la codificación napoleónica de 1808 se renunciara a esa herencia revolucionaria (Decretos de 1789 y 1791), introduciendo entonces el modelo de procedimiento mixto, es decir, de instrucción escrita y juicio oral en plenario.

- La que contempla los fenómenos relacionados con la oralización dentro de la problemática del análisis del lenguaje jurídico,[64] volcándola sobre la redacción lingüística de productos legislativos[65] y, particularmente, en la escritura de las resoluciones que ponen fin al proceso. Es lo conocido como proyecto "Lenguaje llano" ("*Plain Language*").[66] En ello,

[63] Véase Pereda, Carlos, "Sobre retórica", en Herrera Lima, María (ed.), *Teorías de la interpretación. Ensayos sobre filosofía, arte y literatura*, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM-Paidós, México, 1998, pp. 103-124, y Pérez Vázquez, Carlos, "Derecho y Literatura", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (Instituto Tecnológico Autónomo de México. México), núm. 24, 2006, pp. 135-153, en esp. pp. 144 y ss., y 149-152.

[64] Véase Goodrich, Peter, "The Role of Linguistics in Legal Analysis", *Modern Law Review*, vol. 47, núm. 5 1984, pp. 523-534; Gopen, George D., "The State of Legal Writing: Res Ipsa Loquitur", *Michigan Law Review*, vol. 86, núm. 2, 1987, pp. 333-380, y Solan, Lawrence M., *The language of Judges*, University of Chicago Press, Chicago, 1993, pp. 93-117, y "Judicial Decisions and Linguistic Analysis: Is There a Linguist in the Court?", *Washington University Law Journal*, vol. 73, 1995, pp. 1069–1083.

[65] Véase Barnes, Jeffrey, "The Continuing Debate About 'Plain Language' Legislation: A Law Reform Conundrum", *Statute Law Review*, vol. 27, núm. 2, 2006, pp. 83-132.

[66] Véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht- Boston- London, 1998; y Malem Seña, Jorge, "El lenguaje de las sentencias", *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 7, 2006, pp. 47-63. La sensibilidad y preocupación ante el lenguaje alambicado y el empleo de "palabras reliquia" (latines) es antigua: "Abramos una colección de sentencias y, sin mucho espigar, encontraremos giros barrocos, arcaísmos, defectuosa sintaxis, participios y gerundios sin tasa, repeticiones de los mismos pronombres en la misma línea, cacofonía en "entes" y en "ción" que resuenan a timbal de parche roto. Si ahora leemos escritos de demanda o contestación, la suerte tampoco nos será propicia: algunas veces pobreza de léxico, reiteración de terminologías; otras, las más, atentados a las reglas gramaticales con olvido de las funciones de adverbios, adjetivos y pronombres, con errores en el uso de verbos irregulares y hasta de los regulares, barbarismos y solecismos que tanto afean el decir y el escribir. En documentos públicos y oficiales, dictámenes y actos administrativos, sucede algo análogo", Agúndez, Antonio, "Formación literaria del jurista", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), CXIX, 228, vol. 1, 1970, pp. 173-193, en esp. pp. 177-178.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

además, se hace fácil advertir la enorme distancia que media entre este punto de intersección y el correspondiente (Derecho *como* Literatura) a las reflexiones de Cardozo en su citado *Law and Literatura*, tan cercanas a un preceptiva literaria del derecho, donde se aducen proximidades y aproximaciones de la construcción del discurso forense o literario.

-La que mediante la metáfora de la "traducción" se interesa por el proceso de oralización del derecho escrito protagonizado por el abogado como figura medial entre diferentes lenguajes; pasa el mensaje desde un lenguaje extra-legal y/o jurídico (del cliente o patrocinado) a uno lenguaje legal y/o jurídico (judicial), y nuevamente al lenguaje extra-legal y/o jurídico (del cliente o patrocinado).[67]

-Finalmente, la que con base en el enfoque narrativo del derecho (*ex fabula oritur ius*)[68] aporta en la metáfora literaria del *rapsoda* (de *rhaptein* o coser, y *oide*, canto, poesía)[69] razón de la tendencia contemporánea a la forma oral de organización y transmisión del pensamiento. La "rapsodia" palia la futilidad del texto jurídico escrito, cuya vertiginosa urgencia (paroxismo normativo, *fast law*) e inflacionaria proliferación productiva ("legislación motorizada")[70] tanto origina archipiélagos textuales como una continua pérdida de fuerza preformativa. Frente al declive del paradigma jurídico-político aún vigente (derecho escrito y voluntad soberana) el jurista-*rapsoda* construiría el Derecho entretejiendo y trenzando (intérpretes-*rapsodas*) los relatos de la tradición jurídica a la búsqueda de potenciar la cualidad y cantidad de posibles relaciones. Hereda y renueva pues esta dirección postulados de la *Rezeptionsästhetik* y *Textlinguistik* aprovechando la hibridación oralidad-escritura presente en dispositivos lógicos paratácticos de algunos conceptos jurídicos (inde-

[67] Véase White, James Boyd, *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, The University of Chicago Press, Chicago, 1990.

[68] Ost, François, "Le droir au miroir de la littérature", *Idem*,, *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, cit., p. 9.

[69] Véase Vogliotti, Máximo, "La rhapsodie: fécondité d´une métaphore littéraire pour repensar l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal", en *Revue interdisciplinaire d´études juridique*, vol. 46, 2001, pp. 141-187, y "De l´*autour* au "*rhapsode*" pu le retour de ´oralité dans le droit cintemporaine", en *Revue interdisciplinaire d´études juridique*, vol. 50, 2003, pp. 81-137.

[70] Véase también Gérard, Philippe, Ost, François y Kerchove, Michel van de (dirs.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000, y Menéndez Menéndez, Aurelio (dir.) y Pau Pedrón, Antonio (dir. adj.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003), Edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

terminación, borrosidad, flexibilidad, ductilidad, razonabilidad, "soft", etc.) cada vez más habituales.

Vale añadir que, en su conjunto, la relación Derecho *y* Literatura en su intersección Derecho *con* Literatura, planteada y propuesta a partir de la acumulación y combinación de cada uno de los indicados niveles de *Relectura, Reescritura, Oralidad*, representa posiblemente el más idóneo enfoque para llevar a cabo un control eficiente de la diversificación reticular cuyas irrevocables fuerzas centrífugas degenerarían en destrucción de la idea de orden jurídico. En general también esta opción supone una decidida ruptura epistemológica y profunda re-alfabetización jurídica.

VI. Mirador al jardín

Al interior de los muros de defensa en la fortaleza de La Alambra (Granada, España) hay escritos en tacas, pórticos, fuentes y arcos de miradores composiciones epigráficas de varios poetas. Uno de ellos, Ibn Zamrak [1333-1393] acomodó la que puede leerse en la Sala de las Dos Hermanas, de cuyas estrofas extraigo estos versos: "Jamás vimos jardín más floreciente,/ de cosecha más dulce y más aroma".

La hermandad Derecho *y* Literatura es una constante en el pensamiento jurídico. Recorre transversalmente la mejor inquietud intelectual por la idea de cultura del Derecho y la más fecunda inspiración de las creaciones literarias. Confraternidad estética y crítica.

Otro poema, labrado en el alfiz del arco de entrada a la terraza de Daraxa, contiene en uno de sus versos la profecía del sentido. Dice: "Cada una de las artes me ha enriquecido con su especial belleza y dotado de su esplendor y perfecciones", y al instante la mirada del observador se regala de una certidumbre: "No estoy solo, pues desde aquí contemplo un jardín admirable".

VII. Bibliografía

AA.VV., *How to succeed in the courtroom. The secrets of persuasive storytelling, Minnesota Continuing Legal Education*, St. Paul, Minn. 2006.

Aguiar e Silva, Joana, *A prática judiciária entre Direito e Literatura*, Livraria Almedina, Coimbra-Porto, 2001.

Agúndez, Antonio, "Formación literaria del jurista", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), vol. CXIX, 228, núm. 1, 1970.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ALAMILLO SANZ, Fernando J., *La Administración de Justicia en el clásicos españoles. De los jueces, escribanos, alguaciles, cuadrilleros, corchetes, procuradores, pícaros, presidiarios y otras gentes de mal vivir*, Civitas, Madrid, 1996.

ALMOG, Shulamit, "Literature Alongside Law as a Contemporary Paradigm", en *Cultural Dynamics*, vol. 13, núm. 1, 2001.

ALPA, Guido, "Law & Literature: Un inventario di questioni", *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, II, 1997.

ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan, *A Theory of Legal Sentences*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht- Boston- London, 1998.

BACCHILEGA, Cristina, *Postmodern fairy tales. Gender and narrative strategies*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1997.

BALL, Milner, "The Future of Law and Literature: Convocations and Conversations", *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 10, núm. 2, 1998.

BALKIN, Jack M., "A night in the topics: the reason of legal rhetoric and the rhetoric of legal reason", en Brooks, Peter y Gewirtz, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative and rethoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1994.

BANDES, Susan, "Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements", *University of Chicago Law Review*, vol. 63, 1996.

BARNES, Jeffrey, "The Continuing Debate About 'Plain Language' Legislation: A Law Reform Conundrum", en *Statute Law Review*, vol. 27, núm. 2, 2006.

BARON, Jane B., "Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity", en *Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 5, 1999, pp. 1059-1085.

BATT, John, "Law, Science, and Narrative: Reflections on Brain Science, Electronic Media, Story, and Law Learning", en *Journal of Legal Education*, vol. 40, núm. 3, 1990.

BELL, Derrick, "The final report: Harvard's affirmative action allegory", en *Michigan Law Review*, vol. 87, 1989.

BERNS, Sandra, *Concise Jurisprudence*, The Federation Press, Sydney, 1993.

_____, *To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power*, Ashgate Publishing Co., Aldershot, 1999.

BINDER, Guyora y WEISBERG, Robert, *Literary Criticisms of law*, Princeton University Press, Princeton. New Jersey, 2000.

BREEN, Jon L., *Novels Veredicts: A Guide to Courtroom Fiction*, Scarecrow Press, Metuchen (N.J.), 1984.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

BOURCIER, Danièle, *Inteligencia artificial y Derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2003.

BOURCIER, Danièle y MACKAY, Pierre, *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, Paris, 1992.

BOURCIER, Danièle y THOMASSET, Claude (dir.), *L'écriture du droit face aux technologies de l'information*, Romillat, Paris, 1996.

BOURCIER, Danièle ; HASSETT, Patricia y ROQUILLY, Christophe (dir.) *Droit et Intelligence artificielle. Une révolution de la connaissance juridique*, Paris, Romillat, 2000.

BROOK, Thomas, *Cross-Examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, Cambridge University Press, New York, 1987.

BROOKS, Peter, "Storytelling without fear? Confession in law and literature", en Brooks, Peter y Gewirtz, Paul, *Law's Stories. Narrative and rhetoric in the Law*.

_____, *Troubling Confessions: Speaking Guilt in Law and Literature*, University of Chicago Press, Chicago, 2000.

BROOKS, Peter y GEWIRTZ, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative and rhetoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1994.

BRUNER, Jerome, *Making stories: law, literature, life*, New York, 2002 (*La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida* [trad. de Luciano Padilla López] FCE-Argentina, Buenos Aires, 2003).

CALSAMIGLIA, Albert, *Introducción a la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1988.

CALVO GONZÁLEZ, José, Prólogo a Vera Delgado, Ana y García Reche, Gregorio, , *Repertorio de Libros Antiguos en el que se recogen las obras publicadas con anterioridad a 1801 que están en la Facultad de Derecho*, Universidad de Málaga– Facultad de Derecho, 1990.

_____, "Notas sobre literatura jurídica y juristas sevillanos del s. XVII: Juan de Ayllón Laynez", *Archivo Hispalense* (Sevilla), vol. 225, 1991, pp. 233-238.

_____, *Comunidad Jurídica y Experiencia Interpretativa*. (Un modelo de juego intertextual para el Derecho), Edit. Ariel, Barcelona, 1992.

_____, *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Edit. Tecnos, Madrid, 1993 (2ª ed. 1998).

_____, "Notas sobre literatura jurídica y juristas malagueños del s. XVII: Francisco de Amaya", *Revista de Estudios Antequeranos*, (Antequera. Málaga), vol. 2, 1994, pp. 359-371.

_____, "Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)", en *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), vol. 33, 1994.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "Iurisdictio como traducción", *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), vol. 39 1995, pp. 381-387. [Asimismo incluido en Calvo González, José, *Derecho y Narración*, 1996].

_____, *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996.

_____, *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces,* Editorial Ágora, Málaga, 2002 [1996].

_____, "La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo", en Calvo González, José (Coord.) 1998, pp. 7-38. (También publicado en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* [en adelante *RIFD*], vol. 1, 1999).

_____, "Iurisdictio comme traduction", *Revue du Centre International de Philosophie et Théorie du Droi*t (Atenas), vol. 5-6, 1999.

_____, "Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)", *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid) [en adelante AFD], vol. XVIII 2001.

_____, "Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio", en Zapatero, Virgilio (ed.) *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel,* Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, T. II.

_____, *El Cante por Derecho. Las "Carceleras" y el krausofloclorismo andaluz.* (Un estudio de Etnología jurídica y Filosofía Penal), Ilustraciones de Eugenio Chicano, Ayuntamiento de Málaga, Área de Cultura, Málaga, 2003.

_____, "Naturalismo y direcciones criminológicas a finales del siglo XIX en España", en *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, vol. 12,. 2003.

_____, "El derecho escrito. Lectores, lecturas, leyes, lecciones", Presentación a *El derecho escrito. La cultura del libro e impresos jurídicos en las colecciones privadas malagueñas.* Siglos XVI-XIX (3 de febrero-18 de marzo 2005), Cedma, Málaga, 2005.

_____, "Medio rural y Justicia. Literatura social-reformista en España, 1914-1925", en Cunha Paolo Ferreira da (Coord.) *Direito Natural, Justiça e Política*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, vol. I.

_____, Recensión a Cover, Robert M., Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial en *AFD*, vol. XXII, 2005.

CALVO GONZÁLEZ, José (Coord.) *Verdad [Narración] Justicia*, Universidad de Málaga, Málaga, 1998.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CAPPELLINI, Paolo y SORDI, Bernardo (eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffré, Milano, 2002.

CARDOZO, Benjamin N., "Law and Literature", *Yale Law Review*, vol. 14, 1925.

_____, *Law and Literature, and Other Essays and Addresses*, Harcourt, Brace & Co., New York, 1931.

_____, "Law and Literature", en Hall, Margaret E. (ed.) *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Co., New York, 1947.

_____, "Law and Literature", en Hall, Margaret E. (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*,con Pref. de Edwin W. Patterson, Matthew Bender, Albany. New York, 1967 [Reimp. Facs. 1980].

CARRERAS JIMÉNEZ, Mercedes, "Derecho y Literatura", *Persona y Derecho*, vol. 34, 199).

CARTA, Paolo, *Il poeta e la polis. Colpa e responsabilità* en Wystan H. Auden, CEDAM, Padova, 2003.

CORSALE, Massimo, "La codificazione vista dall'età della decodificazione", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 2, 1993.

COVER, Robert M., "Nomos and Narrative", *Harvard Law Review*, vol. 97, núm. 4, 1983. [También recogido en Minow, Martha; Ryan, Michael y Sarat, Austin (eds.) *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover,* The University Michihgan Press, Ann Arbor, Mich., 1993].

_____, "The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction", e Minow, Martha– Ryan, Michael– Sarat, Austin (eds.) *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover,* The University Michihgan Press, Ann Arbor, Mich., 1993.

_____, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial,* trad. y ed. a cargo de Christian Courtis, Edit. Gedisa, Barcelona, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da, "La poésie, signe juridico-politique: l'exemple de l'Al-Andalus Lusitanien. Essais de lecture", en Cunha, Paulo Ferreira da, *Le Droit et les Sens,* 2000.

_____, *Le Droit et les Sens*, L' Atelier de l' Archer, Paris-Orléans, 2000.

CUNHA PAOLO FERREIRA DA (Coord.), *Direito Natural, Justiça e Política* (IIº Coloquio del Instituto Jurídico Interdisciplinar. Faculdade de Direito da Universidade do Porto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 2 vols.

DANOVI, Remo, *Tra fantasia e Diritto. List of Novel*, Giuffrè, Milano, 2004.

DELEUZE, Gilles y GUATARI, Felix, *Mil mesetas* (1980), trad. de José Vázquez Pérez. Edit. Pre-textos, Valencia, 1994.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *Rizoma*: (introducción) (1976), trad. de Víctor Navarro *et al.*, Edit. Pre-Textos, Valencia, 2005.

DELGADO, Richard, "Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative", *Michigan Law Review*, vol. 87, 1989.

DIMOCK, Wai Chee, *Residues of Justice. Literature, Law, Philosophy*, University of California Press, Berkeley- Los Angeles CA, 1996.

DOLIN, Kieran, *Fiction and the Law: Legal Discourse in Victorian and Modernist Literature*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

DOUZINAS, Costas; WARRINGTON, Ronnie y MCVEIGH, Shaun (eds.), *Postmodern jurisprudence. The law of text in the texts of law,* Routledge & Kegan Paul, London, 1991.

DOUZINAS, Costas y WARRINGTON, Ronnie, *Justice miscarried. Ethics and aesthetics in law,* Harvester Wheatsheaf, New York, 1994.

DWORKIN, Ronald, "Law as Interpretation", *Critical Inquiry,* vol. 9, 1982-1983. [Reimp. como "How is Law like Literature", en Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985. Trad. de José Manuel Pombo Abondano "Cómo el derecho se parece a la literatura", en Rodríguez, César (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de Los Andes- Siglo del Hombre Editores, Santa Fe de Bogotá (Colombia), 1997].

_____, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

_____, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986. [Trad. de Claudia Ferrari, *El Imperio de la ley*, Edit. Gedisa, Barcelona, 1992].

_____, "Narrative Jurisprudence", *Legal Studies Forum*, vol. 9, 1985.

_____, "The Quest for Meaning: Narrative Accounts of Legal Education", *Journal of Legal Education*, vol. 38, 1988.

_____, "The Stories We Tell Ourselves in Law", *Journal of Legal Education*, vol. 40, núm. 1-2, 1990, (Pedagogy of Narrative: A Symposium).

ELKINS, James R. (ed.), "Off the Record: An Anthology of Poetry by Lawyers", *Legal Studies Forum,* vol. 28, núm. 1-2, 2004 [Special Issue].

ELMAN, Philip (ed.), *Of Law and Men: Pappers and Addresses of Felix Frankfurter*, 1939-1956, Brace and Company, New York: Harcourt, 1956.

ENGELL, James, *The Creative Imagination: Enlightenment to Romanticism,* Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1981.

FEHR, Hans, *Kunst und Recht. Festgabe für Hans Fehr*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1948, 3 t.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

FERGUSON, Robert A., *Law and Letter in American Culture*, Harvard University Press, Cambridge, 1984.

FINA Sanglas, Albert, *Justicia y Literatura*, Bosch, Barcelona, 1993.

FISH, Stanley, "Is Here a text in this Class?", en Fish, Stanley, *Is Here a text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Harvard University Press, Cambridge Mass. & London, 1980.

_____, *Is Here a text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Harvard University Press, Cambridge Mass. & London, 1980.

_____, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, Durham and London, 1989.

FISHER, John, "Reading Literature/Reading Law: Is There a Literary Jurisprudence?", *Texas Law Review*, vol. 72, 1993.

FRANCE, Anatole, Crainquebille, Putois, *Riquet y otros relatos edificantes,* trad. de Luis Ruiz Contreras, Imp. A. Marzo, Madrid, 1908.

FRANK, Sally, "Eve Was Right to Eat the 'Apple': The Importance of Narrative in the Art of Lawyering", *Yale Journal of Law and Femenism*, vol. 8, núm. 1, 1996.

FRANKFURTER, Felix, "Felix Frankfurter" (Felix Frankfurter: "Advice to a Young Man Interested in Going into Law", en London, Ephraim (ed.) *The World of Law: The Law in Literature*, Simon and Schuster, New York, 1960.

FREEMAN, Michael y LEWIS, Andrew D. E. (eds.), *Law in Literature. Current Legal Issues*, Oxford University Press, London-New York, 1999, 2 vols.

FRIEDRICHS, David O., "Narrative Jurisprudence and Other Heresies: Legal Education at the Margin", *Journal of Legal Education*, vol. 40, núm. 1-2, 1990 (Pedagogy of Narrative: A Symposium).

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003.

GARCÍA GALLO, Alfonso, *Historia del Derecho español*, Artes Graficas y Ediciones, Madrid, 1943 (3ª ed.).

GARCÍA OVIEDO, Carlos, "Ideas jurídico-penales contenidas en el Romancero español", *Revista del Centro de Estudios Histórico de Granada y su Reino*, 1912.

GEMMETTE, Elizabeth Villiers (ed.), *Law in Literature*. Legal Themes in Short Stories, Praeger Publishers, New York, 1992.

_____, *Law in Literature: Legal Themes in Drama*, Whitson Pub. Co., Troy. New York, 1995.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, *Law in literature: legal themes in Novellas*, Whitson Pub. Co., Troy. New York, 1996.

_____, *Law in Literature: An Annotated Bibliography of Law-Related Works*, Whitston Publishing Co., Troy. New York, 1998.

GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* A. Chevalier-Maresq et Cie, Paris, 1899, 2ª. ed., LGDJ, Paris, 1919, 2 t. [Reimp. de la versión española de 1925 (2ª ed.), con Estudio Prel. de Monereo Pérez, José Luis, Comares, Granada, 2000].

GÉRARD, Philippe ; Ost, François y Kerchove, Michel van de (dirs.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000.

GILLIGAN, Carol, *In a Different Voice: Essays on Psychological Theory and Women's Development,* Harvard University Press, Cambridge, 1982.

GOODY, Jack, *Entre l'oralité et l'écriture*, PUF, Paris, 1994

GOLDSTEIN, Anne B., *Law and literature: representing lesbians*, University of Texas at Austin, School of Law Publications, Austin. Texas, 1992.

GOODRICH, Peter, "The Role of Linguistics in Legal Analysis", *Modern Law Review*, vol. 47, núm. 5, 1984.

_____, "Erotic Melancholia: Law, Literature, and Love", *Law & Literatura*, vol. 14 2002.

GOPEN, George D., "The State of Legal Writing: Res Ipsa Loquitur", *Michigan Law Review*, vol. 86, núm. 2, 1987.

GRIMM, Jacob, "Von der Poesie im Recht", *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft,* vol. II, 1816.

GRZYBOWSKI, Kazimier, Recensión a Elegantiae Juris Criminalis, *American Journal of Comparative Law*, vol. 3, núm. 4, 1954.

HÄBERLE, Peter, *Das Grundgesetz der Literaten. Der Verfassungsstaat im (Zerr?) Spiegel der Schönen Literatur*, Illustrationen von Bernd Burkhard, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1983.

HÄBERLE, Peter y LÓPEZ BOFILL, Héctor, *Poesía y derecho constitucional: una conversación*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, 2004.

HALL, Margaret E. (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Co., New York, 1947.

HANAFIN, Patrick, "Introduction: On Writing: Law and Literature", en Hanafin, Patrick *et al. Law and Literature*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004.

HANAFIN, Patrick *et al., Law and Literature*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

HEALD, Paul J., *A Guide to Law and Literature for Teachers,* Students, and Researchers, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina. Carolina, 1998.

_____, "Introduction. Law and Literature as Ethical Discourse", en Heald, Paul J. (ed.) *Literature & Legal Problem Solving: Law and Literature as Ethical Discourse,* Carolina Academic Press, Durham, North Carolina. Carolina, 1998.

HEALD, Paul J. (ed.), *Literature & Legal Problem Solving: Law and Literature as Ethical Discourse,* Carolina Academic Press, Durham, North Carolina. Carolina 1998.

HEILBURN, Carolyn y RESNIK, Judith, "Convergences: Law, Literature and Feminism", *Beyond Portia: Women, Law, and Literature in the United States*, Northeastern University Press, Boston, 1997.

HEINZELMAN, Susan Sage y WISEMAN, Zipporah, *Representing women: law, literature, and feminism,* Duke University Press, Durham, 1990.

HENBERG, Marvin, *Retribution: evil for evil in ethics, law, and literature*, Temple University Press, Philadelphia. Pa., 1990.

HERRERA LIMA, María (ed.), *Teorías de la interpretación. Ensayos sobre filosofía, arte y literatura*, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM- Paidós, México, 1998.

HESPANHA, Antonio Manuel, "Código y complejidad", Cappellini, Paolo– Sordi, Bernardo (eds.) *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffré, Milano, 2002.

HINZ, Evelyn J.; ANDERSON, Trebor y MCGILLIVRAY, Anne (eds.), *Adversaria. Literature and Law*, University of Manitoba- Winnpeg, Manitoba, 1994.

HOLDSWORTH, William Searle, *Sources and literature of English law*, with a foreword by Justice Atkin, Claredon Press, Oxford, 1925.

HUSSON, León, "Analyse critique de la méthode de l'exégèse", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 17, 1972.

_____, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, París, 1974

IRTI, Natalio, *L'età della decodificazione*, 4ta. ed., Giuffrè, Milano, 1999 [1979].

JACKSON, Bernard S., *Law, fact, and narrative coherence*, Deborah Charles Publications, Merseyside. Liverpool, 1988.

_____, "Narrative Models in Legal Proof", *International Journal for the Semiotics of Law,* vol. 1., núm. 2, 1988. [Recogido también en Papke, David R.. (ed.) *Narrative and Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the Law*, Deborah Charles Publications, Livepool, 1991].

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

JOHNSON, Barbara, "Anthropomorphism in Lyric and Law", *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 10, 1998.

JULIUS, Anthony, "Introduction", en Freeman, Michael– Lewis, Andrew D. E., *Law in Literature. Current Legal Issues*, Oxford University Press, London-New York, 1999, vol. 2, pp. xi-xxv.

KRETSCHMAN, Karen L., *Legal Novels: An Annotated Bibliography*, University of Texas, Austin, 1979.

KURZON, Dennis, "How Lawyers Tell Their Tales: Narrative Aspects of a Lawyer's Brief", *Poetics*, vol. 14, 1985.

LANSKY, Ralph, *Grundliteratur Recht*, C.H. Beck, München, 1978, 2 vols.

LARRAÑAGA, Eduardo, *Derecho y literatura*, Universidad Autónoma Metropolitana (Azcapotzalco), División de Ciencias Sociales y Humanidades, México, 1987.

LARUE, Lewis Henry, *Constitutional Law as Fiction: Narrative in the Rhetoric of Authority*, Pennsylvania State University Press, University Park. PA., 1995.

LEDWON, Lenora (ed.), *Law and Literature: Text and Theory*, Garland Publishing, New York, 1995.

LEVAL, Pierre N., "Judicial opinions as literature", en Brooks, Peter y Gewirtz, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative and rethoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1994.

LEVI, Judith núm. y WALKER, Anne Graffam (eds.), *Language in the Judicial Process*, Plenum Press, New York, 1990.

LEVINSON, Sanford, "The rhetoric of the judicial opinion", en Brooks, Peter– Gewirtz, Paul (eds.), *Law's Stories. Narrative and rethoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1994.

_____, "Some (Brief) Reflections About Law and Literature", *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 10, núm. 2, 998.

LEVINSON, Sanford y MAILLOUX, Seven (eds.), *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*, Northwestern University Press, Evaston, 1988.

SNEDAKER, Kathryn Holmes, "Storytelling in Opening Statements: Framing the Argumentation of the Trial", *American Journal of Trial Advocacy*, vol. 10, 1986. [Recogido también en Papke, David R. (ed.), *Narrative and Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the Law*, Deborah Charles Publications, Livepool, 1991].

LINDQUIST, Stefanie A. y CROSS, Frank B., "Empirical Testing Dworkin's Chain Novel theory: studying the paths of precedent", *New York University Law Review*, vol. 80, 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

LONDON, Ephraim, *The World of Law: The Law in Literature*, Simon and Schuster, New York, 1960.

MALAURIE, Philippe, *Droit et Littérature. Une anthologie*, Edition Cujas, Paris, 1997.

MALEM SEÑA, Jorge, "El lenguaje de las sentencias", *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 7, 2006.

MARÍ, Enrique E., "Derecho y Literatura. Algo de lo que se puede hablar pero en voz baja", Doxa, vol. 21, núm. 2, 1998.

MARTIN, Henri-Jean, *Historia y poderes de lo escrito*, trad. de Emiliano Fernández Prado- Ana Rodríguez Navarro, Eds. Trea, Gijón, 1999.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, Edit. Debate, Madrid, 1992.

McThenia, Andrew W., "Telling a Story About Storytelling", *Journal of Legal Education*, vol. 40, núm. 1-2, 1990 (Pedagogy of Narrative: A Symposium).

MELANIE, Williams, *Empty Justice: One Hundred Years of Law, Literature and Philosophy*, Cavendish Publishing Ltd., London, 2002.

MENÉNDEZ Menéndez, Aurelio y PAU PEDRÓN, Antonio (dir./dir. adj.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003), Edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

MESSICK, Brinkley M., *The Calligraphic State: Textual Domination and History in a Muslim Society*, University of California Press, Berkeley- Los Ángeles, 1993.

_____, "L'écriture en procès: les récits d'un meurtre dévant un tribunal shar'î", *Droit et Société*, vol. 39, 1998.

MEYER, Michael, *Literature and law*, Rodopi, Amsterdam, 2004.

MINDA, Gary, *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*, New York University Press, New York, 1995.

MINOW, Martha; RYAN, Michael y SARAT, Austin (eds.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, The University Michihgan Press, Ann Arbor, Mich., 1993.

MONEREO ATIENZA, Cristina, "Recensión a Berns, Sandra, To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power", *AFD*, vol. XX, 2003.

MORAWETZ, Thomas, "Ethics and Style: The Lessons of Literature for Law", *Stanford Law Review*, vol. 45, 1993.

MORISON, John y BELL, Christine (eds.), *Tall Stories? Reading Law and Literature*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot 1996.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

MYRSIADES, Kostas y MYRSIADES, Linda (eds.), *Un-disciplining literature. Literature, Law, and Culture,* Peter Lang, cop., New York, 1999.

NELSON, William E. y REID, John Phillip, *The Literature of American legal history*, Oceana, New York, 1985.

NUSSBAUM, Martha, *Justicia Poética: La imaginación literaria y la vida pública*, trad. de Carlos Gardini, Edit. Andrés Bello, Barcelona, 1997.

O'BARR, William M. Y CONLEY, John M., "Litigant satisfaction versus legal adequacy in small claims court narratives", en Levi, Judith N.– Walker, Anne Graffam (eds.), *Language in the Judicial Process*, Plenum Press, New York, 1990.

OSSORIO MORALES Juan, *Derecho y Literatura*, Universidad, Granada, 1949 [Ahora en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, vol. 6, 2003].

OST, François, "Le droit au miroir de la littérature", en Ost, François y Kerchove, Michel van de– Van Eynde, Laurent– Gerard, Philippe, *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001.

_____, *Raconter la loi, Aux sources de l´imaginaire juridique*, Odile Jacob, Paris, 2004.

OST, François y JADOT, Benoît, *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1999.

OST, François y KERCHOVE, Michel van de, "De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?", *Revue Interdisciplinaire d´Etudes juridiques*, vol. 44 2000.

_____, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Facultes universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

OST, François ; KERCHOVE, Michel van de ; VAN EYNDE, Laurent y GERARD, Philippe, *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001.

PAGANO, Rodolfo, *Introduzione alla legistica. L´arte di preparare le leggi*, Giuffrè, Milano, 2001 (2ª ed.).

PAPAUX, Alain, "Un modèle dynamique de catégorisation juridique: l'encyclopédie semiotique de U. Eco", *Internacional Journal for the Semiotics of Law*, vol. 17, núm. 1 2004.

PAPKE, David Ray, "Law and Literature: A Comment and Bibliography of Secondary Works", *Law Library Journal*, vol. 73, 1980.

PAPKE, David R.. (ed.), *Narrative and Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the Law*, Deborah Charles Publications, Livepool, 1991.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

PEREDA, Carlos, "Sobre retórica", en Herrera Lima, María (ed.) *Teorías de la interpretación. Ensayos sobre filosofía, arte y literatura*, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM- Paidós, México, 1998.

PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos, "Derecho y Literatura", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2006.

PERGOLESI, Ferruccio, *Diritto e giustizia nella letteratura moderna,* narrativa e teatrale, Zuffi, Bologna, 1949 p. 25 [reimp. 1956].

PESET, Mariano *et al.*, *Historia del Derecho*, Albatros, Valencia, 1993.

PIPPIN, Robert B., "Percepire le necessità del tempo. Letteratura, conoscenza morale e Diritto", *Ars interpretandi*, vol. 7, 2002.

PITCH, Tamar, *Un derecho para Dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, trad. de Cristina García Pascual, Edit. Trotta, Madrid, 2003.

POSNER, Richard A., *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1988,

_____, *Law and Literature: Revised and Enlarged Edition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1998. [Trad. española de Pilar Salamanca y Marina Muresán, *Ley y Literatura*, Colegio de Abogados de Valladolid- Eds. Cuatro y el gato, Valladolid, 2004].

_____, "What Has Modern Literary Theory to Offer Law?", *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000.

(R.), "A New List of Recommended Reading for Prospective Law Students (Faculty of the Michigan Law School)", *Michigan Law Review*, vol. 83, núm. 4, 1985, Survey of Books Relating to the Law (Feb., 1985).

RADBRUCH, Gustav, "Il diritto nella visione goethana del mondo", *RIFD*, vol. XX, núm. IV-V 1940.

_____, *Gestalten und Gedanken,* Acht Studien, Koehler & Amelang, Leipzig, 1944.

_____, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Verlag Scherer, Heidelberg, 1948 [Trad. de WENCESLAO Roces, *Introducción a la filosofía del derecho*, 4ta ed. México, FCE, 1974 (1959)]

_____, *Elegantiae Juris Criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*, Verlag fur Recht und Gesellschaft AG, Basel, 1950 (2.Auflage).

_____, "Goethe und K.F. Hommel", Radbruch, Gustav, *Elegantiae Juris Criminalis*. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts, Verlag fur Recht und Gesellschaft AG, Basel, 1950 (2.Auflage).

RIAZA, Román y García Gallo, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1934.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

RODRÍGUEZ, César (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de Los Andes- Siglo del Hombre Editores, Santa Fe de Bogotá (Colombia), 1997.

RYF, Jean-Pierre, *Justice et littérature*. Regards croisés, Atlantica, Anglet, 2004.

ROCKWOOD, Bruce L. (ed.), *Law and literature perspectives,* Peter Lang, cop., New York, 1996.

ROERMUND, Bert van, "Law is narrative, not Literature", en Witteveen, Willem J. (ed.), *Law, Rhetoric and Literature* (Special Issue of Dutch Journal for Legal Philosophy and Legal Theory), Tjeenk Willink, Zwolle, 1994, pp. 221-227. [Ahora en Roermund, Bert van *Derecho, relato y realidad*, trad. de Hans Lindahl, Edit. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 13-19].

ROERMUND, Bert van, *Derecho, relato y realidad*, trad. de Hans Lindahl, Edit. Tecnos, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ CHÁVEZ, Iván, *Literatura y Derecho,* Universidad Ricardo Palma, Lima. Perú, 2002.

RUIZ TAGLE, Pablo, "La novela legal en serie y el concepto de Derecho: Una teoría de Ronald Dworkin" en Ruiz Tagle, Pablo, *Derecho, Justicia y Libertad. Ensayos de Derecho Chileno y. Comparado*, Fontamara, México D. F., 2002.

_____, *Derecho, Justicia y Libertad. Ensayos de Derecho Chileno y. Comparado*, Fontamara, México D. F., 2002.

SANCHO IZQUIERDO, Miguel, *El Fuero de Molina de Aragón*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1916.

SHAPIRO, Fred R. y Garry, Jane, *Trial and Error: An Oxford Anthology of Legal Stories*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

SOLAN, Lawrence M., *The language of Judges*, University of Chicago Press, Chicago, 1993.

_____, "Judicial Decisions and Linguistic Analysis: Is There a Linguist in the Court?", *Washington University Law Journal*, vol. 73, 1995.

ST. JOAN, Jacqueline y MCELHINEY, Annette Bennington (eds.) *Beyond Portia: Women, Law, and Literature in the United States*, Northeastern University Press, Boston, 1997.

STARR, June, *Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice*, State University of New York Press, Albany. New York, 1992.

SURETSTK, Harold, "Search for a Theory: An Annotated Bibliography of Writings on the Relation of Law to Literature and the Humanities", *Rutgers Law Review*, vol. 32, 1979.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

TALAVERA, Pedro, *Derecho y Literatura*, Edit. Comares, Granada, 2006.

THOMASSET, Claude, *et al.* (dir.), *Le droit saisi par l'ordinateur*, Éditions Blais, Cowansville, 1993.

TOLSTÓI, Lev, *Resurrección*, trad. de Mariano Orta Manzano, RBA, Barcelona, 2005 [1899].

TORRES CAMPOS, Manuel, *Nociones de bibliografía y literatura jurídicas de España*, Estab. Tip. de Góngora, Madrid, 1884 [Ahora en Edit. Analecta, Pamplona, 2002].

TORRES MÉNDEZ, Miguel, *Jurisprudencia literaria y filosófica*. (La aplicación del Movimiento 'Derecho y Literatura' en la jurisprudencia), Grijley, Lima. Perú, 2003.

TURNER, J. Neville y WILLIAMS, Pamela (eds.), *The Happy Couple. Law and literature*, The Federation Press, Sidney, 1994.

UREÑA y SMENJAUD, Rafael de, *Sumario de las lecciones dadas en la Universidad Central durante el curso de 1897 a 98 y siguientes*. (Intento de una historia de las ideas Jurídicas en España), Imp. de la Revista de Legislación, Madrid, 1897.

_____, *Historia de la Literatura Jurídica Española*, Estab. Tip. de Idamor Moreno, Madrid, 1906.

VAIHINGER, Hans, *Die Philosophie des Als-Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Felix Meiner Verlag, Leipzig, 1922 [1920].

VANDERLINDEN, Jacques, "Réseaux, pirámide et pluralisme ou Regards sur la reencontré de deux aspirants-paradigmes de la science juridique", *Revue Interdisciplinaire d´Etudes juridiques*, vol. 49, 2002.

VERA DELGADO, Ana y GARCÍA RECHE, Gregorio, *Repertorio de Libros Antiguos en el que se recogen las obras publicadas con anterioridad a 1801 que están en la Facultad de Derecho*, Universidad de Málaga– Facultad de Derecho, 1990.

VOGLIOTTI, Máximo, "La rhapsodie: fécondité d´une métaphore littéraire pour repensar l´écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal", *Revue interdisciplinaire d´études juridique*, vol. 46, 2001.

_____, "De l'autour au "rhapsode" pu le retour de ´oralité dans le droit cintemporaine", *Revue interdisciplinaire d´études juridique*, vol. 50, 2003.

WAGENAAR, Willem Albert; VAN KOPPEN, Peter J.; CROMBAG, Hans F. y M., *Anchored Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*, St. Martin´s Press, New York, 1993.

Ward, Ian, *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*, Cambridge U.P., Cambridge, 1995 (2ª ed. 2004).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

WEISBERG, Richard H., "Law, Literature, and Cardozo's Judicial Poetics", *Cardozo Law Review*, vol. 1, 1979.

_____, The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction, Yale U.P, New Haven and London, 1984.

_____, *Poethics: And Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, New York, 1992.

WEISBERG, Robert, "The Law-Literature Enterprise", *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. I, 1988.

WEISBERG, Robert, "Proclaiming trials as narratives: premises and pretenses", en Brooks, Pete y Gewirtz, Paul (eds.) *Law's Stories. Narrative and rethoric in the Law*, Yale University Press, New Haven, 1994.

WEST, Robin, *Narrative, Auhtority, and Law*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, Mich., 1993.

WHITE, James Boyd, *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Brown and Company, Little. Boston Mass, 1973 (2ª ed. 1985).

_____, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law,* University of Wisconsin Press, Madison, 1985.

_____, "What Can a Lawyer Learn from Literature?", *Harvard Law Review,* vol. 102, 1988-1989.

_____, *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, The University of Chicago Press, Chicago, 1990.

WIGMORE, John Henry, "A List of Legal Novels", *Illinois Law Review*, vol. II, 1908.

_____, "A List of One Hundred Legal Novels", *Illinois Law Review*, vol. XVII, 1922.

WISHINGRAD, Jay (ed.), *Legal Fictions: Short Stories About Lawyers and the Law* (reissued ed, Overlook Press, Woodstock, 1994.

WOODMAN, Gordon, "Observations sur les limites de la métaphore", *Revue Interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, vol. 49, 2002.

YOSHIMO, Kenji, "Lo Pasado es Prólogo: El Precedente en la Literatura y en el Derecho" en *Revista Derecho y Humanidades* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), vol. 8 2000-2001. [Trad. de Jorge Edwars– Carlos Franz– Samuel Uribe].

ZIOLKOWSKI, Theodore, *The Mirror of Justice. Literary Reflections of Legal Crises*, Princeton University Press, Princeton. New Jersey, 1997.

_____, *German Romanticism and its Institutions*, Princeton University Press, Princeton. New Jersey, 1990.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 20

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. ENTRE EL FUNCIONALISMO Y LA ESQUIZOFRENIA JURÍDICA

Alfredo Bullard*

Sumario. I. *Introducción*. II. *¿Qué realmente el AED?* III. *Los tipos de esquizofrenia jurídica frente AED*. IV. *Conclusión* V. *Bibliografía*.

I. Introducción

Ihering tuvo un sueño. Soñó que había muerto y que era conducido a un paraíso especial reservado para los teóricos del Derecho. En el se encontraba uno, frente a frente, con numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, libres de la contaminación de la vida humana. Allí estaban los espíritus incorpóreos de la buena y la mala fe, de la propiedad, de la posesión. Estaban así mismo los instrumentos lógicos para manipular y transformar esos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionados problemas del Derecho. Una prensa hidráulica dialéctica para la interpretación nos permitía extraer a presión un ilimitado número de interpretaciones de cualquier norma jurídica. Un aparato para construir ficciones y una máquina para partir cabello en 999,999 partes iguales, en manos de los juristas más expertos, podía dividir cada una de las partes resultantes en, a su vez, 999,999 partes. Las posibilidades de esté paraíso eran ilimitadas para los juristas más calificados, siempre que los mismos bebieran un líquido lácteo de las cosas terrenales de los hombres. Pero para los juristas más expertos el líquido era superfluo, pues nada tenían que olvidar.[1]

En ese mundo no hay nada real. Todo es imaginario. Los conceptos se pasean como personajes inexistentes a los que el jurista les habla mientras el lego, el cliente, el ciudadano común y corriente, mira al abogado como si

* Profesor de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú

[1] Citado por Cohen, Felix, *El Método Funcional en el Derecho*, Buenos Aires, Abelado-Perrot, pp. 11-12.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 737-766.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

estuviera conversando con el vacío. Son "cosas" que no se ven, que no están allí, salvo para el jurista experto que queda sujeto al riesgo de ser considerado un genio o un loco.

Este mundo conceptual sujeta a los abogados a una suerte de "esquizofrenia jurídica", un mirar a un vacío en el que se mueven visiones inexistentes e imperceptibles para los demás, conformadas por una serie de conceptos que encuentran y confirman su consistencia solo consigo mismos.

Y nada asusta más al esquizofrénico que la realidad, lo tangible, lo demostrable. La realidad entra de inmediato en contradicción con su visión, con sus alucinaciones. Muchas cosas no pueden explicarse si esos conceptos son traídos a la tierra, porque en ella las "reglas de la física" rompen los conceptos elementales sobre los que se han construido. La realidad atormenta al esquizofrénico. De la misma manera como traer al mundo real a quien se cree Napoleón lo lleva a descubrir que este murió en el siglo XIX o a quien cree que lo persiguen espías rusos en la época de la guerra fría lo lleva a descubrir que eso no esta ocurriendo y le crea una crisis existencial, el jurista de conceptos, traído a la tierra, si no es capaz de comprender la naturaleza instrumental de tales conceptos, pasa por un proceso similar.

Los esquizofrénicos tratan de negar la realidad como una forma de defender su propia "realidad", esa realidad perfecta que solo ellos ven y que defienden como si fuera la única existente. Muchos juristas, o abogados "aprendices de mago", pasan por el mismo proceso.

La irrupción de formas de ver el mundo de lo jurídico desde una perspectiva más real, como la SOCIOLOGÍA JURÍDICA, la antropología jurídica, o más recientemente, el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED), agudiza la esquizofrenia y asusta a quien ve cuestionado su "mundo imaginario".

El sueño de Ihering nos recuerda que los abogados solemos usar dos conceptos que son una suerte de lugares comunes de nuestra esquizofrenia. El primero es el de "ciencia jurídica". El segundo, el de "naturaleza jurídica".

Ambos conceptos reflejan una visión determinada del Derecho, una que como veremos, es bastante irreal. Por un lado está la idea de que el Derecho es una ciencia y que como ciencia tiene un objeto propio. Dado que tiene su propio objeto es posible descubrir en el mismo "cosas naturales", como quien descubre un nuevo elemento químico, una ley física o una nueva especia animal o vegetal.

Entonces aparece el concepto de "naturaleza jurídica", como el descubrir un objeto nuevo en la realidad capaz de ser definido conceptualmente.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Pero el Derecho no tiene un objeto natural; es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos antes que una ciencia. Su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre. El Derecho es creado por el hombre y su "naturaleza" y la de las instituciones cambia tan pronto el legislador cambia la ley que la regula. Como bien dice Kirchmann, "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura".[2]

Así, los abogados (o los "juristas", que no son sino los abogados con aspiración de científicos) envidiamos de otras ciencias el que tengan un objeto propio que antecede al conocimiento que lo estudia, y tratamos de "neutralizar" esa envidia inventándonos "naturalezas jurídicas" inexistentes, verdaderas "alucinaciones", porque a fin de cuentas el objeto de nuestra "ciencia" no precede al conocimiento, sino que es consecuencia del mismo. Y en ese mundo las cosas son manipulables y cambiantes, como si un físico pudiera por decreto derogar la ley de la gravedad o un químico añadir a su entera voluntad una docena de nuevos elementos a la Tabla Periódica. Como expresión de esa "locura", el jurista piensa que la realidad cambia por que él "descubre" un concepto nuevo.

Genaro Carrió, al presentar la monografía de Eugenio Bulygin, "[l]a naturaleza jurídica de la letra de cambio", comentaba esos esfuerzos por encontrar "naturalezas jurídicas": "El saldo es desconsolador: tales empresas —las afanosas pesquisas de 'naturalezas jurídicas'— están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe".[3]

Entonces el Derecho se convierte en una suerte de mixtura entre una religión y una ciencia metafísica, donde los conceptos mismos son los que son objeto de estudio por otros conceptos. Como señala Félix Cohen:

> Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en si creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del medico de Moliere de que el opio hace dormir a los hombres por que contienen un principio somnífero.
> Ahora bien, la proposición de que el opio hace dormir a los hombres porque tiene un principio somnífero es científicamente útil si 'principio somnífero' es definido física o químicamente. De otra manera solo sirve para obstruir el acceso a la comprensión de un falso conocimiento.

[2] Citado por Hernández Gil, Antonio, *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1981, p. 17.

[3] Bulygin, Eugenio, *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*, Abeledo Perrot, 1961. p. 7.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> ...Los conceptos jurídicos... son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe.[4]

En esa línea, los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y crear otros conceptos. En pocas palabras, solemos contener el elemento definido en la definición, porque los elementos de realidad son escasos (o inexistentes) en el quehacer diario de los juristas.

Un ejemplo claro es el concepto de acto o negocio jurídico. Una vez traté de explicar a un profesor en Estados Unidos de qué se trataba ese concepto que, creía yo en ese entonces, le ayudaría a entender el difícil problema de la *consideration* que se había discutido en clase. Como sabemos, el acto o negocio jurídico es toda una compleja y muy apreciada doctrina de nuestro sistema legal que trata de encontrar conceptos comunes a todos los casos en los que la expresión de voluntad de una persona crea una obligación o relación jurídica. Bajo ese concepto están los contratos, los testamentos, el matrimonio, las promesas unilaterales, el reconocimiento de un hijo, la adopción y, por aplicación supletoria del Código civil, los actos administrativos del gobierno y hasta las sentencias de los jueces. Se busca una sola teoría que explique todo.

Al terminar mi explicación el profesor me dijo *"Muy interesante. ¿Para que sirve?"*. Luego de una breve discusión sobre la utilidad práctica, no supe qué contestar pues su única utilidad era para hacer más complejos los conceptos. Es que el acto jurídico no es ni siquiera un concepto, sino un "supraconcepto", es decir un concepto de conceptos. Trata de explicar qué tienen en común cosas totalmente distintas que, a su vez, no tienen existencia verificable. Sus reglas, en lugar de ayudarnos a encontrar soluciones prácticas, sólo alejan el lenguaje de los abogados del lenguaje de los hombres. Con ello no se crea ciencia, se crea metafísica. El abogado se vuelve entonces una suerte de mago, cuya magia radica en su capacidad de usar palabras que nadie entiende para describir una realidad que nadie ve. En esta línea, Kantorowicz plantea un ejercicio mental interesante:

> Preguntarse respecto de cada enunciado (...) qué consecuencias nocivas experimentaría la vida social si en lugar de tal enunciado se adoptara el contrario. Examinar luego todos los tratados, comentarios, monografías y repertorios de decisiones y ver

[4] Cohen, Felix, *El Método Funcional en el Derecho, op. cit.*, pp 46-48.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> cuántas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuántas de ellas son siquiera formuladas.[5]

Como veremos, el AED es una forma de dar respuesta a algunas de las preguntas que el Derecho, visto sólo como jurisprudencia de conceptos, no puede contestar. Es una forma de contar con herramientas que permitan, en términos de Cohen, "definir somnífero en base a un principio químico o físico" o, en términos de Kantorowicz, poder responder a la pregunta de qué efectos nocivos tendría un enunciado si se adoptará precisamente el contrario.

Esta presunción de que el Derecho es una ciencia ni siquiera ha sido adoptada con coherencia. Las ciencias construyen una hipótesis de trabajo, la aplican y luego evalúan que pasó. Si un médico diseña una nueva operación quirúrgica, una vez operado el paciente irá a verlo al hospital y evaluará sus síntomas, como reaccionó, si la operación sirvió de algo y si el pariente sobrevivió. De no hacerlo, nunca sabrá si su esfuerzo sirvió para algo. Pero los abogados "operamos" la realidad con nuestros nuevos conceptos y nunca visitamos a nuestro paciente para, de manera sistemática, saber que pasó con él. No es de extrañar que con tal procedimiento haya tantas normas inaplicables y el Derecho se encuentre tan desprestigiado.

Pero incluso si el "jurista" tuviera la responsabilidad de revisar al paciente, carece del bagaje de conocimientos suficientes para evaluar el resultado de su "operación". El AED no es otra cosa que tratar de poner al alcance del abogado herramientas para poder diseñar mejor su "operación" mediante la predicción de su resultado y para poder, luego de "operado el paciente", medir si tuvo o no éxito.

A pesar de que el AED no es más que eso, la dogmática (o mejor dicho algunos dogmáticos o aprendices de dogmáticos) le teme y lo considera una amenaza o en todo caso algo a lo que no se le debe hacer el menor caso. Y no es extraño que otras disciplinas que buscaban crear herramientas similares como la SOCIOLOGÍA JURÍDICA o la Antropología Jurídica, hayan sido víctimas de reacciones similares. Finalmente no es otra cosa que temer a ampliar nuestro conocimiento.

Como trataré de demostrar en este trabajo, gran parte de la resistencia que muchos abogados y profesores de Derecho muestran hacía el AED no es otra cosa que síntomas de una suerte de esquizofrenia. No quiero que se me malinterprete. No pretendo decir que estar en contra del AED es ser un esquizofrénico. De hecho muchas posiciones en contra se sustentan en un estudio detallado de sus alcances y en una comprensión adecuada de sus

[5] Citado por Cohen, Felix. *Ob. cit.*, pp. 131-132.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

principios metodológicos. La discrepancia informada no solo es aceptable, es estimulante y necesaria y empuja a perfeccionar los alcances de una idea o de una forma de pensar. Sin duda esas discrepancias serias han contribuido tanto o más al desarrollo del AED que las ideas de sus más destacados defensores. Hay críticas no solo respetables, sino que desnudan los límites que, como toda forma de pensamiento, el AED tiene para ayudarnos a comprender cómo funciona el Derecho.

Pero debajo de estas críticas inteligentes, se encuentran una inmensidad de reacciones esquizofrénicas parecidas a la del loco al que le dicen que no es Napoleón y asume desde una argumentación circular y sin sentido hasta la reacción agresiva para demostrar que sí es Napoleón y que su mundo es el real por más que la realidad le demuestre todo lo contrario.

II. ¿QUÉ ES REALMENTE EL AED?

De la misma manera como los esquizofrénicos crean leyendas sobre la realidad, algunos "juristas" crean leyendas sobre el AED. Sin embargo el AED es algo más sencillo de lo que parece. Se trata de una metodología o, más concretamente, de la aplicación del método económico para entender a las instituciones jurídicas.

Sin duda la economía se ha ganado, merecidamente, el apelativo de ser la "reina de las ciencias sociales". Tal galardón lo ha obtenido por haber desarrollado un marco analítico bastante sofisticado, capaz de traducir la conducta humana en modelos, los cuales llegan incluso a reflejarse en gráficas o en fórmulas matemáticas bastante complejas. Con ello ha logrado entender mejor el mundo real, a pesar de que paradójicamente estén simplificando dicha realidad.

Tradicionalmente, la economía ha sido definida como la ciencia encargada de evaluar la asignación de recursos escasos entre usos alternativos. Sin embargo esa definición no es aceptada pacíficamente el día de hoy. Así, en palabras de Gary Becker,[6] el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables.

[6] Becker, Gary, "El enfoque económico del comportamiento humano", *Información Comercial Española*, vol. 557, 1980.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La aproximación beckeriana a la economía revolucionó lo que la economía piensa de sí misma y la vinculó con lo que tiene en común con las demás ciencias humanas: la capacidad de predecir la conducta humana.

El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos). Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Solo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, a pesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así.

Sobre la base de estos elementos es posible desarrollar modelos de predicción sumamente sofisticados que, con la ayuda incluso de ciencias exactas como las matemáticas, consiguen asombrosos resultados en la práctica. Un ejemplo nos demuestra este punto.

Que el Ministro de Economía nos diga que la inflación al final del año será de 3.5% parece no asombrar a nadie. Sin perjuicio de que muchas veces se equivoca, especialmente cuando es un Ministro poco serio, lo cierto es que puede acercarse a la cifra final con un asombroso nivel de precisión. ¿Somos consientes de qué significa eso?

La inflación es un hecho que no depende de nadie en particular, pero sí de todos en general. Si bien el gobierno puede tomar una serie de decisiones importantes que afectan el aumento de precios, la verdad de los hechos es que la inflación depende de millones de decisiones de producción, consumo e intercambio tomadas por una multitud de personas diferentes. Cada vez que alguien decide subir o bajar un precio afecta la inflación. Cada vez que un consumidor decide comprar o dejar de comprar a un precio dado afecta la inflación. ¿Cómo puede predecirse como se van a comportar millones de personas distintas en un futuro respecto a su propensión a vender y comprar a determinados precios?

La respuesta sólo puede encontrarse si uno comprende el nivel de sofisticación que ha alcanzado la ciencia económica. Las técnicas de predicción desarrolladas por esta ciencia permite predecir cómo un número elevado de personas va a tender a comportarse a partir de ciertas premisas dadas (liquidez y volumen de masa monetaria, comportamiento de las importaciones y exportaciones, niveles de inversión, etc.).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La nueva definición propuesta por Becker permitió que la economía avanzara sobre áreas tradicionalmente consideradas no económicas, pudiendo predecirse conductas como casarse o divorciarse, suicidarse, fumar, efectos de la pena de muerte en el nivel de delincuencia, procrear hijos, adoptar, etc. Si uno entiende que los beneficios y costos no son solo elementos expresables en términos monetarios, sino en general todo elemento positivo o negativo que alguien recibe o sufre (como el placer y el sufrimiento, la comodidad o la incomodidad) podrá ampliar el campo de la economía, casi sin limites, a virtualmente toda forma de conducta humana.

¿Cómo ha desarrollado la economía esta capacidad de predicción sobre algo tan complejo como la conducta humana, que depende de tantos factores, la mayoría totalmente subjetivos y hasta arbitrarios? La respuesta está en el uso de modelos. Cuando algo es muy complejo, el arte de comprenderlo está en simplificarlo. Cuando muchas variables afectan un resultado, identificar un conjunto de variables relevantes y dejar de lado las que no lo son es una forma de avanzar en la comprensión del problema. Eso es lo que hace la economía: simplificar la realidad para comprenderla mejor en su complejidad.

El uso de modelos, a pesar de ser una de las fortalezas más claras del análisis económico, es también la fuente de las críticas más duras. La simplificación es, sin embargo, la única forma de acercarnos a la comprensión de algo, a pesar de que, paradójicamente, implica alejar ese algo de la realidad.

Un buen economista sabrá elegir las variables adecuadas para que el modelo le permita predecir la conducta humana en el agregado, en el mundo real. Para ello presumirá algunos aspectos sobre la base de los cuales formulará sus conclusiones. Por ejemplo, presumirá que los individuos actúan racionalmente, colocando los recursos a su alcance para orientarlos a la consecución de sus fines. Sobre la base de ello, predecirá cómo se comportarán normalmente los individuos ante determinada situación.

Sin embargo hay que tener claro que el valor de una premisa o presupuesto no esta en su realismo sino en su capacidad explicativa. Por ejemplo el asumir que los individuos son racionales no requiere que se demuestre que es cierto para tener capacidad explicativa. Incluso si una mayoría de individuos no fueran racionales, pero el resultado agregado fuera consistente con la racionalidad, entonces el presupuesto es útil. Si la cantidad ofrecida sube el precio debe bajar. Ello parte que los individuos son racionales y por tanto ante un aumento de la cantidad ofrecida estarán dispuestos a

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

pagar menos. Ello significa que las personas, racionalmente, buscan pagar lo menos posible. En la realidad esa premisa no es del todo exacta. No siempre las personas eligen lo más barato o incurren en los costos de búsqueda para identificarlo. Pero en el agregado (y la evidencia empírica así lo demuestra) el aumento de la cantidad ofrecida reduce los precios en el mercado. Si algo es abundante los individuos en la realidad (y no solo en el modelo) suelen pagar precios más bajos. Entonces el presupuesto es útil y tiene capacidad explicativa.

Cuando uno comprende que el Derecho es un sistema de regulación de conducta humana que persigue orientar dicha conducta sobre la base de incentivos que solemos llamar "consecuencia jurídica", descubrirá de inmediato la utilidad de contar con una metodología para predecir la conducta. Redactar una ley, preparar una sentencia o decisión administrativa o simplemente redactar un contrato, son actos respecto de los cuales los abogados necesitamos saber cómo influirán en la conducta de los involucrados. Identificar los incentivos correctos contribuirá con alcanzar o no los fines que nos proponemos.

Una predicción simple es aquella que indica que si se sube la multa por cruzar una luz roja debería disminuir el número de personas que cruzan una luz roja. Es una simple aplicación de la regla que a mayor el precio menor la cantidad demandada. Subir la multa equivale a subir el precio de cruzarse una luz roja, con lo que el incremento de costo llevará a que menos personas "demanden" cruzar una luz roja.

Pero el análisis es aún más sofisticado. El costo de cruzar la luz roja no es igual a todas horas. Los individuos, para tomar la decisión de cruzar una luz roja, no toman en cuenta la magnitud total de la sanción, sino la magnitud esperada. La magnitud esperada depende no sólo de la multa establecida, sino de la posibilidad de ser detectado cometiendo la infracción, lo que depende a su vez de la capacidad de las autoridades y de la habilidad del infractor.

Este presupuesto de análisis tiene sólido sustento en la evidencia empírica. Los cruces de luces rojas son más frecuentes a las tres de la mañana que a mediodía. La razón es obvia. A mediodía la posibilidad de detección crece. Hay más policías en las calles y las posibilidades de un accidente se incrementan por el tráfico, con lo que en la realidad la multa es mayor que a las tres de la mañana, donde la posibilidad de ser detectado es sustancialmente menor. Así, si bien nominalmente la multa es la misma a ambas horas del día, es menor a las tres de la mañana porque la menor posibilidad de ser detectado genera que el infractor descuente de la sanción dicha posibilidad.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Una alternativa es subir las multas en circunstancias en que la posibilidad de detección cae. Así, para ser consistentes, la multa a las tres de la mañana debería ser mayor que la del mediodía. Otras áreas del derecho, como la del derecho penal, incorporan ese factor. Por ejemplo, es común encontrar en los códigos penales como una agravante que amerita un incremento de la pena el cometer el delito en la oscuridad. Ello porque la oscuridad dificulta la detección del delito, teniendo un efecto de descuento en la sanción esperada.

Quizás lo que ocurre y explica por qué no se incrementa la sanción a los cruces de luz roja en la madrugada es que si bien la pena es menor a las tres de la mañana por efecto de la menor capacidad de detección, también lo es la posibilidad de causar daño, porque hay menos carros circulando a esa hora, con lo que la sociedad está dispuesta a tolerar un número mayor de cruces de luz roja a esas horas.

Habrá quienes cuestionarán el análisis diciendo que no todos los conductores actúan así. De hecho, habrán siempre conductores que se crucen la luz roja así se incrementen las penas y la posibilidad de detección a niveles óptimos. Pero en todo caso ello no deslegitima el análisis efectuado, pues es evidente que, al menos en el caso de quienes actúan con esa racionalidad, el resultado será el señalado.

La metodología seguida por el AED es incómoda para mantener la insania mental de los juristas esquizofrénicos. La metodología permite incorporar al análisis cómo se comportan seres de carne y hueso y cuáles son las consecuencias de la decisión que se tome. Ello puede conducir a perder consistencia conceptual, como si lo que importara es la consistencia entre dos conceptos y no la consistencia entre el concepto y la realidad.

Cuando alguien queda en capacidad de demostrar que la aplicación de la naturaleza jurídica de una institución conduce a que los individuos se comporten de una manera inadecuada, la "alucinación conceptual" queda en evidencia como tal y el jurista queda "mirando al vacío" frente a los ojos de los demás.

Como veremos más adelante, esto se refleja en distintos tipos de "esquizofrenia jurídica" que cuestionan un método por ser "demasiado realista".

El AED es una metodología de análisis que apareció, aproximadamente, en los '60 en los EE.UU., y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho. Es difícil explicar y dar una definición de lo que es el AED. Es como definir correr; la única forma de entenderlo realmente es corriendo o viendo a una persona correr. El AED es parecido.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La única forma de entenderlo es aplicándolo, y viendo como funciona en la realidad. Lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de conductas —en sí mismo es una técnica de regular conductas—, el AED puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de estas conductas.

Como se dijo, lo que se consigue a través del AED es predecir conductas de seres humanos. Se parte del principio que los seres humanos actúan en base a incentivos, y que en consecuencia buscan los que les favorece y evitan lo que les perjudica. En otras palabras tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. En base a ello es posible encontrar formulas que permiten predecir (al menos presumir) como los individuos actuaran ante tales incentivos.

Dado que el Derecho es un sistema de regulación de conductas, su relación con la economía aparece como evidente. Si uno quiere regular conducta, aprender a predecirla es de suma utilidad. Saber el impacto de una Ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura permite poner al Derecho en contexto de realidad.

Los dos precursores más importantes del AED, que podrían ser considerados los fundadores: Ronald Coase y Guido Calabresi. Algunos, sin embargo, querrán incluir a Richard Posner en la lista.

Ronald Coase llevó a cabo una serie de estudios entre los años 30 y 60 que le permitieron conceptualizar y dar sentido práctico a lo que denominó costos de transacción, concepto fundamental en el AED y que explica cómo funcionan los mercados, como funciona el Derecho en relación a los mercados, y cuando el Derecho puede solucionar un problema y cuando no. A las ideas de Coase se atribuye el famoso Teorema de Coase, uno de los principios básicos que se aplican en el AED según el cual la relevancia de las reglas jurídicas y su asignación dependen de los costos de transacción, para poder definir si podrán las partes, por medio de acuerdos, determinar como re resuelve un problema de derechos y su asignación.

Por su parte Guido Calabresi escribió conjuntamente con Douglas Melamed, en los años 60 un artículo clásico en el AED, "Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral".[7] Muchas de sus ideas son coincidentes (y escritas curiosamente casi en paralelo, con el trabajo de Coase *El problema del costo social*).[8] Calabresi realizó un

[7] Calabresi, Guido andy Melamed, Douglas. "Property Rules. Liability Rules and Inalienability: A view of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 84, 1972, p. 1089 [version en castellano *Themis*, núm. 21, PUCP, Lima, 1992, pp. 63 y ss.]

[8] Coase, Ronald, "The Problem of the Social Cost". *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

importante aporte en el AED, principalmente aplicado al área de responsabilidad civil extracontractual. A él obedece una de las teorías más importantes de la responsabilidad civil en los EE.UU., recogida en su libro *El Costo de los Accidentes*[9] que conjuga la reducción de los llamados costos primarios, secundarios y terciarios de la responsabilidad civil con el concepto de *cheapest cost avoider* o "más barato evitador del costo" que es una nueva variable de la teoría objetiva que caló hace unos 20 años en los EE.UU. con bastante fuerza (véase, FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL).

Existen quienes han aplicado el AED a ciertas áreas por ejemplo destacan los trabajos de Harold Demzet en propiedad, o Steven Shavell y Richard Posner sobre la responsabilidad civil. Otras líneas de pensamiento se han expandido a otras áreas. Por ejemplo el llamado *Public Choice*, o teoría de la elección pública sirve para analizar los procesos políticos, las decisiones de los funcionarios públicos, cómo se generan las constituciones y las reglas electorales, etc. Virtualmente todas las ramas del Derecho han sido impactadas por AED (Derecho Ambiental, Civil, Mercantil, Administrativo, Penal, Constitucional, Laboral etc.).

La mayoría de gente no entiende bien ni los postulados ni la utilidad del AED. En primer lugar, como el AED se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis deshumanizante: es convertir en números el Derecho, que tiene que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores. Eso no es lo que persigue el AED. Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios. Y, como dice Calabresi, desperdiciar; en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto. Lo que se busca es, por tanto, un Derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente, es decir un Derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines.

Para definir que se entiende por eficiencia se usa como punto de partida las ideas de Wilfredo Pareto. El busca establecer cuando una situación es más eficiente que la anterior, y esto es: cuando una persona mejora sin empeorar la situación de otra. Por ejemplo, el sistema contractual es una forma de alcanzar la eficiencia porque, en un contrato, si las dos partes lo celebran es porque ambas están mejorando y ninguna está empeorando; el contrato nos ha conducido a una situación más eficiente que la anterior. Una situación será óptima, es decir inmejorable, cuando dados los recursos

[9] Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Aproach*, New Haven and London, Yale University Press, 1970.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

existentes no es posible que alguien mejore salvo que otro empeore. A eso se le llama el Óptimo de Pareto.

Por su parte, según el Criterio de Pareto el cambio de una situación a otra constituye una mejora en el bienestar social si no se reduce el bienestar individual y al menos mejora la situación de un individuo. Como dice Torres López, este criterio se funda en que el individuo es el mejor juez de su propio bienestar y el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen.[10]

Por el contrario el Óptimo de Pareto, como vimos, es una situación en que ningún individuo puede mejorar su situación sin perjudicar el bienestar de alguno de los otros miembros de la sociedad. En otras palabras, el Óptimo de Pareto es una situación donde todos los recursos existentes han sido distribuidos y usados de una manera tan adecuada, que ya es imposible pensar en que una distribución distinta mejoraría la situación de la sociedad. Para el modelo neoclásico, tal condición se alcanza bajo condiciones de competencia perfecta, cuyos requisitos veremos más adelante. Moverse hacia el Óptimo de Pareto implica entonces moverse hacia la eficiencia absoluta.

La mejor forma de entender estos conceptos de "Criterio de Pareto" y "Óptimo de Pareto" es con ejemplos. Imaginemos un salón de clase en el que hay cuarenta alumnos. La mitad de ellos son hombres y la otra mitad mujeres. A su vez tengo 20 latas de crema de afeitar y 20 lápices de labios. Decido repartirlos sin ningún criterio, de manera que a algunos hombres les tocan lápices de labios y a algunas mujeres les tocan cremas de afeitar. He llegado a una distribución inicial de todos los recursos disponibles dentro del salón de clase.

La distribución inicial ha favorecido a los hombres a los que les toco una crema de afeitar y a las mujeres a las que les tocó un lápiz de labios y ha perjudicado a los hombres a los que les tocó un lápiz de labios y a las mujeres a las que les tocó una lata de crema de afeitar.

Si un hombre decide intercambiar su lápiz de labios con la crema de afeitar de una mujer estaremos, según el "Criterio de Pareto" en una situación mejor, es decir más eficiente que la anterior. Ha mejorado la situación del hombre y la mujer involucrados en el intercambio (tienen bienes que cada uno puede considerar más valiosos) y no se ha perjudicado nadie. Estamos pues en una situación mejor a la anterior en términos de Pareto.

Pero aún no estamos ante una situación óptima. Aún muchos hombres y mujeres tienen en su poder bienes que les son inútiles para su uso perso-

[10] Torres López, Juan, *El Análisis Económico del Derecho.* Tecnos, 1987, p. 32.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

nal. Sin embargo, imaginemos que todos los que tienen bienes no deseados comienzan a negociar transacciones de cambio entre ellos de manera que en un corto período de tiempo todos los hombres tienen una crema de afeitar y todas las mujeres tienen un lápiz de labios. Llegada esta situación estamos ante una situación óptima. Si asumimos que todos los recursos existentes en una sociedad son los lápices de labios y las cremas de afeitar, no hay posibilidad de distribuir mejor los recursos pues la cantidad de hombres y mujeres que tienen bienes que les son útiles es la máxima posible dada la limitación en el número de bienes de cada tipo y que cualquier cambio de la situación implicaría un empeoramiento de la misma. Estamos frente al Óptimo de Pareto. No hay posibilidad de que alguien mejore sin empeorar la situación de otro. Un hombre le puede robar a otro su crema de afeitar. Su situación ha mejorado respecto a la anterior. Tiene dos cremas en lugar de una. Pero la situación de su víctima ha empeorado.

Al Derecho le compete ayudar a alcanzar una situación eficiente, es decir, llegar al óptimo paretiano, maximizar la utilidad social, consiguiendo un mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes. Así basta apreciar en los ejemplos anteriores la importancia del sistema jurídico. El medio a través del cual se fue mejorando la situación en términos de Pareto es el intercambio de bienes entre particulares, es decir el sistema contractual. Por otro lado la forma de garantizar que no se den conductas que perjudiquen la eficiencia (como el robo) debe requerir la existencia de la propiedad y de un sistema civil y un sistema penal que la proteja.

En base a las ideas de Coase, el AED estudia el por qué los contratos nos conducen a la eficiencia, y por qué hay situaciones que no pueden ser resueltas por los contratos, y por tanto necesitan de una intervención estatal para llegar a mejoras en términos paretianos, tal como se desprende del ejemplo de las cremas de afeitar y los lápices de labio.

Así, el Teorema de Coase tiene 2 formulaciones. Según la primera, si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal adoptada porque igual se llegará a la más eficiente. Lo que Coase quería decir es que, cuando vivimos en un mercado donde existen contratos, el sistema contractual nos llevará a la eficiencia. El típico ejemplo de la contaminación: si una Industria contamina a un vecindario, y los daños que les causa son mayores a los beneficios que obtiene, posiblemente los vecinos se acercarán a la fábrica a pagarle una cantidad para que deje de contaminarlos. Por el contrario, si los beneficios para la industria son mayores que los daños, probablemente ésta les pagará a los vecinos para que se dejen conta-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

minar. Haya o no responsabilidad, las partes llegarán a la solución más eficiente, que será cerrar la fábrica o mantenerla abierta según convenga.

En cambio, según la segunda formulación, si los costos de transacción son mayores a cero, sí importa la solución legal para llegar a una solución eficiente. En el ejemplo de la contaminación, si en vez de contaminar a un vecindario, se contamina a miles o millones de personas, es casi imposible que estos lleguen a un acuerdo para acercarse a la fábrica para comprarle la posibilidad de que cierre, pues los costos de transacción son muy elevados:[11] identificar a todas las partes, informarlas de esta posibilidad, ponerlas de acuerdo, etc. Ahí sí será el Estado quien decida si la industria debe o no contaminar, en función a si es eficiente o no que siga operando y en que condiciones. Ahí sí importa la regla legal porque el mercado no podrá solucionar el problema.

El AED utiliza básicamente herramientas de la microeconomía: como la teoría del consumidor, teoría de la empresa, racionalidad individual, etc.. El elemento principal es determinar qué es más eficiente a través de un análisis costo-beneficio. Lo que se persigue con este análisis es identificar por qué los Individuos actuamos de una manera, para saber si las reglas legales van a ayudar a no a alcanzar la eficiencia. Como ya vimos las normas legales pueden ser vistas como costos y la sanción de la norma como un precio; entonces, si decimos que pasarse una luz roja tiene una multa, tendremos que el precio de pasarla será el monto de la multa multiplicado por la probabilidad de que un policía este en la esquina y detecte nuestra Infracción. Si quisiéramos reducir los cruces de luces rojas aumentaremos la multa (como ocurre en el mercado): a mayor precio, menor cantidad demandada), bajará el cruce de luces rojas al subir la sanción de la norma.

Como ya se menciono (al citar a Becker) no se trata necesariamente de una análisis que se reduce a relaciones de naturaleza patrimonial o monetaria. Quizá el problema está en que la gente hace una ecuación equivocada entre costo y dinero: se entiende que costo es algo que cuesta dinero, y eso no es así. Por ejemplo, las relaciones amorosas cuestan tiempo, sufrimiento, y, en ciertos casos fastidio. Tengo también, a su vez, beneficios que no se relacionan con dinero: estar con mi pareja es agradable, casarme es muy bueno porque tendré hijos, una nueva vida, etc.

Cuando uno habla de un análisis costo-beneficio, no está hablando de dinero necesariamente, sino de los motores de la conducta humana, y estos son bienestar, y malestar. Lo que hace el AED es establecer las relaciones

[11] Llamados costos prohibitivos; es decir, cuando es casi imposible que las partes puedan llegar a una transacción.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que existen entre ellos para poder determinar el comportamiento de los individuos.

Es cierto que en lo patrimonial es más fácil establecer la relación costo-beneficio que en la extrapatrimonial, pero también es cierto que los estudios económicos demuestran que parejas de determinado nivel de ingresos se divorcian más que otras. Existen elementos que demuestran empíricamente lo que el AED formula teóricamente. Nos permite saber, más o menos, como reaccionarán los individuos a determinadas normas.

Otro concepto importante es el de externalidades. Las externalidades son los costos o los beneficios no contratados. Por ejemplo, si alguien me golpea la cara y me inflama un ojo, esta inflamación es un costo; en términos que debo acudir a un médico, y en términos que me duele. Esos costos han sido causados por un tercero que ha externalizado un costo de su conducta (su decisión de golpearme). Cuando las fábricas contaminan o los automóviles congestionan, generan externalidades negativas, es decir, costos a terceros. Hay también externalidades positivas. Si una heladería al costado de mi casa coloca un vigilante, esto nos genera un beneficio, porque recibimos seguridad por la cual no hemos pagado.

La existencia de externalidades puede generar ineficiencia, porque hay quienes sufren costos que no generan, y hay quienes generan costos que no asumen; estas personas generan más costos de los que deberían, y los trasladan, lo que es una conducta ineficiente por que genera una discrepancia entre el costo (o beneficio) privado de la conducta y el costo (o beneficio) social de la misma.

Existen algunos teóricos que han buscado, explicar en términos económicos la justicia. Calabresi es un ejemplo. Él siempre ha tratado de incorporar elementos valorativos en sus análisis para desarrollarlos desde el punto de vista económico, en ciertos casos con algún éxito. Es muy difícil aplicar criterios científicos sobre valores abstractos. Pero el concepto de eficiencia tiene un componente de justicia, pues como dijimos, evitar el desperdicio es una forma de justicia. El AED, nos permite saber cuanto nos cuesta ser justos, porque si bien queremos ser justos, no siempre podemos serlo a cualquier costo, porque seria un lujo que quizá no estemos dispuestos a asumir. No se puede separar el análisis de justicia totalmente de uno de eficiencia, porque no se puede llegar a la justicia, aunque suene duro, a cualquier precio. Por ello debemos al menos cumplir con el deber de saber cuánto nos ha costado ser justos. Ser justo no implica ser irresponsable.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El AED analiza la norma, pero no lo realiza en abstracto, sino en base a su consecuencia social. Se analiza la norma actuando. No podemos "abrir" el Código civil y decir, mediante el AED, si una norma es eficiente o no. Tenemos que analizarla para decir si los individuos se van a comportar de tal o cual manera, y si ese comportamiento va a ser ineficiente o no.

Hay un trabajo de Becker[12] muy interesante, sobre la corrupción. En el muestra que la corrupción en una sociedad sobrerregulada es eficiente. Por ejemplo, en el reglamento general de construcciones, se tiene un nivel de detalle "espeluznante" de como deben ser construidas las casas; si no hubiera la posibilidad de corromper a los inspectores nadie construiría. En una sociedad sobrerregulada la corrupción, aunque parezca contradictorio, y con todo lo malo que trae desde el punto de vista moral, termina siendo un mal necesario para resolver las barreras y los costos de transacción que la sobrerregulación genera en la economía.

El AED se puede aplicar tanto antes de la entrada en vigencia de una norma como durante su aplicación. Cuando se analiza la norma antes de su entrada en vigencia lo que pasa es que tiene que hacerse desde el punto de vista teórico; no puedes determinar la consecuencia económica y social de la norma, cuando aún no está vigente. Sólo se podría especular teóricamente sobre cuales serán sus consecuencias. Podríamos tomar como referencia otras normas que se han aplicado en el país o en otros lugares, pero definitivamente no puedes medir las consecuencias directamente. Recién cuando entre en vigencia la norma podrán medirse las consecuencias de la misma.

El AED no es otra cosa que sentido común entrenado y sistematizado. Muchos razonamientos parecerán formas difíciles de decir cosas obvias. Pero a su vez permite sistematizar mejor el análisis, lo que contribuye a poder ver el Derecho desde otra perspectiva, una más realista y orientada hacia la realidad.

III. Los tipos de esquizofrenia jurídica frente al AED

Como en la autentica esquizofrenia, los "jurídicamente esquizofrénicos" no pertenecen a una sola categoría. Los hay de diferentes tipos y experimentan síntomas distintos.

[12] Becker, Gary, "Crime and Punishment: an economic approach", *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, pp. 272-297.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La mayoría parte de una o más "alucinaciones". Por un lado, suelen ver en el AED algo que el AED no es. A partir de allí, tejen toda una historia sobre los riesgos, peligros o problemas que consideran el AED tiene. Por otra parte, suelen asumir una visión incompleta o, en el mejor de los casos extraña, de lo que es el Derecho en sí mismo. La más común de estas alucinaciones es creer que los conceptos jurídicos tienen existencia real, tienen "naturaleza", y su rol de abogados es ser "científicos" entrenados en el difícil arte de descubrir sus misterios.

Los distintos tipos de esquizofrenia pueden también ser objeto de clasificaciones. Algunos "esquizofrénicos" reaccionan agresivamente y de manera vehemente, usando fuertes calificativos contra el AED. Otros, en cambio, reaccionan con calma, casi con desinterés, como si la cosa no fuera con ellos, usando frases como: "Es otra locura a la que no hay que prestar mayor atención. Ya pasará la moda".

En el medio, los puntos son infinitos. Pero lo que es común en estos casos y que diferencia la esquizofrenia de las críticas serias al AED, es el nivel de conocimiento y comprensión que se tiene de esta forma de razonamiento.

A continuación, vamos a "diagnosticar" algunas de las diferentes reacciones esquizofrénicas detectadas.

1. *"La Invasión Gringa"*

Esta es quizás una de las reacciones más curiosas y anecdóticas, pero no por ello menos frecuente. El argumento que se arma es relativamente simple, al menos en su base.

El mundo esta dividido en dos grandes sistemas legales, el romano-germánico y el sistema anglo-sajón, más precisamente el *common law*. El AED es una creación anglosajona que es propia de un sistema de precedentes de observancia obligatoria, en el que la jurisprudencia es la fuente del Derecho por excelencia y la ley es solo un complemento. En ese contexto, el AED es inaplicable al Perú, porque el Perú es un país que pertenece a la tradición romano germánica. Fin del argumento.

En sus versiones más agresivas (que llega a generar "esquizofrénicos peligrosos") se ve al AED como una suerte de intento de imperialismo intelectual, en el que, al mejor estilo de la guerra fría, ha sido planeado para imponer a los ciudadanos de los países del sistema romano-germánico, en especial de los menos desarrollados, una forma de pensar y de regular la

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

vida social. Con ello han creado una suerte de "doctrina trasnacional" diseñada para seducir y conquistar otros países.

Lo que digo no es una exageración. Sino veamos la siguiente cita:

> Queremos terminar esta breve introducción recordando las palabras de Fernando de Hinestrosa, refiriéndose al abandono de la dogmática y a la creciente negativa influencia del Análisis Económico del Derecho en nuestra realidad Latinoamericana, en el marco del Congreso Internacional realizado en la Universidad de Lima con motivo de la discusión del Proyecto de Reforma al Código civil. Dijo el egregio autor colombiano 'no abandonemos nunca nuestras propias convicciones y lógica de nuestro sistema, que es aquel romano-germánico (expresado en la dogmática), y no permitamos el infiltrar de orientaciones extrañas a nosotros mismos, porque sino puede llegar el momento en que las reglas vengan impuestas a través del Gran País del Norte. Esa es la lucha a la que los invito.[13]

Estas reacciones me recuerdan a las de John Nash en la película "Una Mente Brillante", cuando ve en todo, hasta en las publicaciones más inofensivas, actos del espionaje ruso dirigidos a atentar contra su país. Sólo que en este caso, las alucinaciones hacen ver "espías norteamericanos".

Existe incluso una versión más curiosa, en la que no solo se le acusa de imperialismo, sino de "imperialismo pirata" o simple copia de lo que algún europeo ya había descubierto antes. Así, según esta posición, los norteamericanos han copiado algo que se llama "método estimulo respuesta" y han ocultado su copia bajo el nombre de AED para ocultar su acto de piratería. Así como en las películas de espías estos se roban los planos de las armas para usarlas contra los países que las inventaron, los anglosajones han hecho lo mismo y nos están dando una "sopa de nuestra propia medicina".

Tampoco exagero. Basta revisar la siguiente cita:

> Como se ha demostrado, los verdaderos y auténticos creadores del método de investigación "estímulo-respuesta" han sido los juristas alemanes Ihering y Heck, quienes sentaron las bases; y fue perfeccionado finalmente por juristas hispanos: Manuel García Amigo, Luis Recasens Siches y Jaime Guasp. Esto es necesario recalcarlo bien porque este método ha sido copiado y rebautizado por los anglosajones como "Análisis Funcional". Dicha copia pretende disfrazar su supuesta originalidad en el fundamento de "Law and Economics" en el que se exagera el aspecto económico de la realidad social".[14]

La cita es curiosa por que, si bien identifica los orígenes del AED en el llamado Análisis Funcional, pierde la perspectiva de cuales son sus aportes.

[13] Palacios, Eric, "La conversión y la heterointegración de los negocios jurídicos", Tesis para optar por el título de Abogado, Lima, 1995.

[14] Torres Méndez, Miguel, *Estudios sobre el Contrato de Compraventa,* Grijley, Lima, 1993, p. xii.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Desconozco a que se refieren con el llamado "método estimulo-respuesta". Nunca he oído hablar de ese método como una corriente de pensamiento. Pero si queda claro que los fundadores y cultivadores del AED ya han obtenido varios Premios Nobel de Economía (Coase, Becker, Buckanam, entre otros) y los que no lo han obtenido han logrado reconocimiento mundial como Calabresi, Posner, Epstein o Demzet y dudo mucho que los autores de una acto de piratería privada de originalidad pudieran haber merecido un galardón o reconocimiento atribuible a los juristas alemanes. En todo caso lo que puedan tener en común con otras posiciones basadas en concepciones realistas o funcionalistas, no privan al AED de su originalidad y del reconocimiento que merece por el aporte que ha hecho al pensamiento jurídico y al pensamiento económico.

Lo que queda claro es que bajo este tipo de esquizofrenia, los académicos dogmáticos suelen reaccionar frente al AED como los mexicanos reaccionaron en la época de la guerra con los Estados Unidos cuando gritaban: "Green go home" ("Verdes, váyanse a casa", en alusión al color de sus uniformes), expresión de la que luego se derivaría la palabra "gringo". Piden así que se lleven el AED a otro lado y que dejen a la teoría del razonamiento circular vivir en paz y a la jurisprudencia de conceptos intocada.

El punto de partida de todas estas posiciones parte de un serio error de comprensión. El AED no es el sistema del *common law* y está muy lejos de serlo. Si usted evalúa qué hace un abogado norteamericano en su ejercicio profesional, descubrirá que no es un experto en AED y que está además muy lejos de serlo. Muchos abogados en los Estados Unidos tienen un conocimiento tan rudimentario del AED como el que muchos abogados latinoamericanos tenemos de las teorías de Santo Tomas de Aquino. Y pueden ejercer razonablemente su profesión sin saber nada de AED como cualquier de nosotros puede ir tranquilo a litigar un caso o absolver una consulta sin saber nada de lo que dijo Santo Tomás. Si bien algunos conceptos del AED se han incorporado al sistema legal y ya gozan de cierta aceptación general, el AED esta lejos de ser una aproximación extremadamente popular y mucho más lejos aún de ser la tendencia dominante. Es una forma de pensamiento con un gran valor instrumental, pero no tiene que ver con como se concibió el *common law*, el que ni siquiera es una creación norteamericana, sino inglesa, que apareció en el mundo literalmente siglos antes de que Coase, Calabresi y Posner comenzarán a formar las bases del AED en la década de los sesentas.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Es más, si alguien quisiera trasladar el pensamiento jurídico anglosajón a otro país, usar el AED para lograr ese objetivo es una muy mala idea. Y es que el AED no tiene nada que ver, al menos en su estructura, con el sistema de precedentes jurisprudenciales. Es como pretender que porque Kelsen era austriaco, el positivismo fue diseñado como un mecanismo para imponer el derecho austriaco en el mundo.

Así, que haya sido en los Estados Unidos donde se desarrollo esta línea de pensamiento sólo ha implicado que los ejemplos más comunes citados en los libros de texto de AED se refieran a jurisprudencia o normas norteamericanas. Pero las herramientas conceptuales pueden ser usadas, sin perder en nada su capacidad analítica, a cualquier otra forma de sistema jurídico.

No olvidemos que el AED es antes que un conjunto de propuestas sobre cómo debe ser el Derecho, una metodología para analizarlo. Como tal, no propone en sí mismo adoptar ningún esquema legal particular, y es posible encontrar académicos que defienden con tanta fuerza la superioridad del sistema de *common law* sobre el sistema romano-germánico, como otros académicos (muchos norteamericanos) que defienden precisamente la tesis contraria.

2. *"La Invasión Neoliberal"*

En esta versión de la esquizofrenia los autores de la invasión no son precisamente (o solamente) los norteamericanos, sino un grupo de pensadores "neoliberales" que han visto en el AED la posibilidad de vender sus ideas con un esquema seductor y efectista. Es pues una suerte de "Caballo de Troya" lleno de contenido ideológico empaquetado en una apariencia de escuela académica. La alucinación, en este caso, es la existencia de una suerte de "cofradía" o "hermandad" ideológicamente determinada que tiene como propósito convencer a todos de que la intervención del Estado es mala.

Pero si recordamos que, a fin de cuentas, el AED no es otra cosa que la aplicación del método económico al Derecho, veremos cuan absurdo es el planteamiento esbozado. Existen economistas para todos los gustos. Los hay ortodoxos y heterodoxos, liberales y marxistas, keynesianos y austriacos. Y de la misma manera hay gente que hace análisis económico desde todas esas diferentes perspectivas. Así, existen posiciones marxistas o socialistas dentro de AED.

Existen incluso representantes de gran impacto en el AED, como Guido Calabresi, que son considerados bastante alejados de las llamadas "tesis neoliberales". Calabresi es considerado un académico de centro izquierda

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

en su país y sin duda que lo califiquen como un "neoliberal" es algo que el no entendería.

Si bien es cierto que existen importantes representantes del AED que profesan ideas de defensa de la libertad económica, el AED es una herramienta que en su variante normativa, puede ser utilizada para generar marcos regulatorias bastante intervencionistas, justificando la intervención del Estado en la actividad económica (sino basta revisar el uso de la teoría de las externalidades para justificar la intervención del Estado en temas como derecho ambiental o protección al consumidor). Muchas de las agencias regulatorias, ninguna de las cuales sería defendida por un liberal, usan continua y activamente el AED. Así, el AED, como la economía misma, se han utilizado tanto para sustentar posiciones de liberalización y reducción de la presencia del Estado como para sostener la necesidad de una participación activa de ese mismo Estado.

No se puede negar que el AED, ha servido para sustentar propuestas de liberalización y privatización. Muchos de los académicos involucrados en AED propugnan ideas de libertad y menos presencia del Estado. Pero incluso hasta el uso del término "neoliberal" tiene una connotación efectista. No conozco ningún académico que se precie de ser calificado como "neoliberal". Se califican como liberales. El llamado neoliberalismo es una suerte de "rebautizo" del liberalismo para darle una connotación de algo que fue superado y ahora regresa. Es casi como hablar de "neonazis", es decir, gente que trata de rescatar algo que nadie aceptaría.

En síntesis, la "alucinación" de la "invasión neoliberal" no es sino una confusión de la herramienta con la ideología o percepción del mundo que puede estar detrás para dirigirla. Y, al hacerlo, se pierde la oportunidad de usar una herramienta que es útil.

3. *"Van a Extinguir los Unicornios"*

En una época la gente creía en los unicornios. Como los demás animales, vivían en las profundidades del bosque. Se les consideraba animales especialmente inteligentes y era muy difícil encontrarlos. Rara vez habían sido vistos y, cuando ello ocurría, había sido en la penumbra de la oscuridad y por una fracción de segundo. A pesar de estas dificultades, se escribieron tratados completos que los estudiaban y que hacían conjeturas sobre su apariencia y hábitos.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

De pronto, un día, la gente dejo de creer en los unicornios, lo que los convirtió en una suerte de símbolo de lo imaginario, que existían solo en leyendas y mitos. La especulación sobre ellos toma la dimensión no de lo real, sino de lo imaginario, de lo creado por la mente humana.

¿Son los unicornios reales? Sí lo son y, como bien señala el profesor Paul Campos, autor de esta metáfora de los unicornios, la pregunta es ¿reales en que sentido? Es evidente que sabemos que no encontraremos unicornios deambulando por los bosques. En ese sentido ya no son reales. Pero los unicornios siguen existiendo en un sentido más limitado, para algunos propósitos. Se estudian como creación de la imaginación humana. Se estudia como se concibió, como se reflejaron en las leyendas y mitos, y qué motivó su aparición y simbolismo. Es sólo en este aspecto que los unicornios son una realidad.

En ese sentido, los unicornios no son como los caballos. No se pueden encontrar en un lugar determinado y describirlos en base a una constatación por nuestros sentidos. Pero pueden ser estudiados y analizados como una idea creada por la mente humana.[15]

A veces entendemos el Derecho como un caballo y no como un unicornio. Pero el Derecho se parece más a los unicornios que a los caballos. Las instituciones jurídicas son, en términos de Campos, un estado de la mente, una idea que sólo existe como tal.[16] Por tanto, mueren (se extinguen) tan pronto aparece una nueva idea que la reemplaza. Su muerte es inevitable cuando una institución, al perder fondos en la moneda de los hechos, se quiebra, y es entonces reemplazada por otra diferente.

Pero algunos creen que el Derecho es como los caballos y temen que nuevas ideas "los extingan" y convierta a las instituciones jurídicas en una suerte de "pájaros Dodos prehistóricos".

Algunos esquizofrénicos ven a quienes propugnan el AED como una suerte de cazadores furtivos de unicornios, personas que, aprovechándose de la oscuridad e imprecisión en la se mueven los conceptos, van a disparar sobre ellos y matarlos para eliminarlos de la vida del hombre. Van a extinguir los unicornios.

Este razonamiento se expresa en términos tales como "va contra todo lo establecido", "atenta contra toda nuestra tradición jurídica", "pretenden sustituir al Derecho por instituciones económicas", entre otras.

Pero los unicornios no existen en la forma que se ven en este tipo de esquizofrenia. Aquí la alucinación inicial es cómo ven al Derecho mismo,

[15] Campos, Paul, *Jurismania. The Madness of American Law,* Oxford University Press, 1998, pp. 104-107.

[16]. *Ibídem.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cómo se imaginan al derecho como un unicornio que vive, y que como tal puede morir.

Pero la alucinación no termina ahí, sino que sigue con ver al AED como un intento de cometer ese homicidio conceptual.

El AED no propone, sin embargo, acabar con el Derecho ni eliminar el uso de conceptos. Solo propone entender que esos conceptos no tienen vida en sí mismos, sino que son instrumentales y su valor radica en su capacidad para permitirnos regular de manera adecuada la conducta humanan. No pretende eliminar los unicornios (que dicho sea de paso no pueden ser "matados" en el sentido que se percibe en este tipo de esquizofrenia), pero sí tener unicornios útiles.

Dar un baño ácido de realismo a estos "unicornios jurídicos" no puede ser percibido como un intento de matar al Derecho, sino de acercar el Derecho a los hombres y a las soluciones que esos hombres necesitan.

Es posible que quienes investigaban y estudiaban los unicornios cuando se creía que ellos existían, se hayan escandalizado de manera parecida a como cuando a alguien se el ocurrió la idea de que los unicornios eran solo creación del hombre y que, como tales, debían ser estudiados en esa limitada percepción de la realidad. Quizás hayan criticado el realismo de considerar que los unicornios dejaron de pertenecer a la categoría de los caballos, para pasar a la categoría del producto de la imaginación humana. Pero esos esquizofrénicos no le temen al AED, le teman a la realidad, porque se sienten más seguros en su paraíso de conceptos.

4. *"Todo es Irreal"*

Casi todas las esquizofrenias tienen en común considerar al AED como irreal. Señalan que su afán por simplificar la realidad lo aleja de ser una herramienta útil. La crítica central bajo esta perspectiva es que el uso de modelos es la debilidad principal del AED frente a las visiones más dogmáticas.

Bajo este tipo de esquizofrenia se pierde la perspectiva que el punto de partida es aún más irreal. La dogmática parte también de modelos, es decir de esquemas que se abstraen de la realidad. Solo que al hacerlo pierden totalmente la función explicativa que un modelo.

En este tipo de esquizofrenia se trata de convertir la mayor fortaleza del AED en una debilidad, sin advertir el "efecto bumerang" de la crítica.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El "paraíso de conceptos" también se basa en "modelaje". Los conceptos jurídicos, en su supuesta pureza conceptual, son simplificaciones, aunque no me atrevería siquiera a llamarlas "simplificaciones de la realidad".

Así lo que diferencia al AED de otras aproximaciones al Derecho no es el uso o no de simplificaciones, sino la técnica de simplificación. El AED trata de identificar los elementos relevantes para explicar un problema, para a partir de ellos construir su modelo de predicción. Por el contrario otras aproximaciones simplifican sin explicar el por que del uso de ciertas premisas.

Se suele decir que el mundo no es como lo dibuja el AED. Pero es esa precisamente su ventaja. Los modelos no se construyen para pretender que ellos reemplacen a la realidad. Los modelos se construyen para explicar un aspecto de esa realidad.

Cuando un arquitecto hace una maqueta de una casa no pretende decir que dicha maqueta es la realidad, y quien critique la maqueta por ser muy pequeña o estar hecha de cartón y no de cemento como la casa real que se quiere construir, está perdiendo el punto central. Precisamente se simplifica el tamaño y los materiales para explicar solo un aspecto: la distribución y perspectiva de la casa. Permite visualizarla, siempre que se sea consiente de que no se hace la maqueta para vivir en ella.

La crítica así formulada cae por su propio peso, y sólo muestra la desesperación por cuestionar algo sin darse cuenta que lo mismo se puede decir de la propia concepción conceptual del Derecho, con el agravante de que en ella no se considera siquiera cuáles son las variables relevantes.

Todo modelo se basa en ciertos presupuestos cuyo valor no esta en su realismo, sino en su capacidad explicativa. Uno de los más criticados es el que los seres humanos actúan racionalmente para maximizar beneficios. Se contesta que el mundo real los individuos no se comportan racionalmente ni necesariamente tratan de maximizar su bienestar. Pero ello es como criticar la maqueta por que la mayoría de las casas no son de ese tamaño.

Incluso si se aceptara (cosa que en principio creo que es equivocada) que no todos los individuos son racionales, si es posible usar esa premisa para demostrar que en el agregado las personas se comportan racionalmente. Ni siquiera es necesario demostrar que la mayoría de los individuos son racionales para concluir que los agentes económicos no se comportan en el agregado racionalmente. Si asumiéramos que los individuos son irracionales, entonces estos se comportan "random", es decir aciertan o no aciertan medidos por el azar y no por la inteligencia.

Asumamos a los individuos agrupados bajo la categoría de consumidores. ¿Se puede concluir que los consumidores en el agregado se comportan irracionalmente? La experiencia parecería conducirnos a una respuesta negativa

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

a la pregunta. Nada explicaría la continua mejora de precios y calidades de los productos en los últimos años si los consumidores se comportaran irracionalmente. Y para demostrar que el modelo de individuos racionales tiene capacidad explicativa no es necesario demostrar que la mayoría son racionales. Basta un número relativamente reducido de racionales para que el modelo de predicción sea útil.

Si los consumidores irracionales actúan "random", entonces los proveedores no se preocuparan en ofrecer mejores términos y condiciones para ganar a esos consumidores. Si deciden en base al azar, entonces nada se consigue ofreciendo mejores términos a ellos. Pero si hay un grupo de consumidores racionales que si analiza esos aspectos, sí se podrá mejorar las ventas si se hacen mejores productos a mejores precios. Dado que hay un grupo de racionales (a los que vamos llamar "*searchers*" o "buscadores") los competidores buscarán capturar sus preferencias. Pero dado que en muchos mercados no es posible diferenciar "*searchers*" de irracionales, las condiciones generadas por la actitud de los racionales beneficia a los irracionales que se vuelven *free riders* o beneficiados por una externalidad positiva generada por un grupo reducido de racionales. Basta pensar en una tienda de abarrotes, en la que una vez colocado el producto en el escaparate no es posible diferenciar cuándo el que compra es irracional para venderle más caro o bajarle la calidad o condiciones. Todos los consumidores se beneficiarían de qué un pequeño grupo de consumidores sean exigentes.

Si eso es así, el modelo de consumidores racionales tiene capacidad explicativa así se demostrara que la mayoría de los consumidores no son racionales (que como dijimos es algo de por sí cuestionable). Y la observación empírica muestra que el modelo funciona. La premisa de que a mayores precios la cantidad demandada cae se basa en la idea de racionalidad individual y es consistente con el modelo explicado. La gente trata de gastar menos y trata de obtener lo más posible al menor costo posible. Si todos tratan de hacer ello, es irrelevante si es que la acción de un grupo reducido logra el mismo efecto en el mercado.

Lo que ocurre es que este tipo de esquizofrenia ve fantasmas donde no existen. Confunde al modelo con la realidad, quizás guiado por el hecho de que confunde conceptos (alucinaciones) con realidades. Al no distinguir una cosa de la otra no es de extrañar que se critique aquello que es precisamente la debilidad principal de su forma de pensar: convertir conceptos en realidades, es decir, creer en sus alucinaciones.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La "trampa" en los modelos no esta en su uso, sino en confundirlos con la realidad. Es evidente que un modelo es utilizado conscientemente para alejarnos de la realidad, pero con el fin de comprenderla. Cuando se quiere que modelo sea como la realidad, le privamos de su capacidad explicativa, y con ello renunciamos a intentar comprender la realidad al menos en parte de su complejidad. A veces para saber hay que renunciar a ser como Dios, y asumir que nuestra imperfecta naturaleza humana no nos permite entender todo, sino solo una parte mínima de la realidad. Pretender saber y entender todo nos conducirá a no saber ni entender nada, error en el que el AED intenta no caer.

5. *Los "Homicidas de la Justicia"*

Finalmente, y aunque consideramos que pueden aún hacerse más caracterizaciones de las esquizofrenias vinculadas al AED, trataremos una última referida a la idea de que esta tendencia del pensamiento se orienta a desplazar la justicia de los ideales que inspiran al Derecho.

La crítica, además de su contenido esquizofrénico, lleva implícita una objeción moral al AED, al que acusa de sustituir valores por un concepto utilitarista al que se denomina "eficiencia".

No dudo que existen tendencias utilitaristas dentro del AED. Pero extender la crítica al AED en general es, paradójicamente para quienes levantan esa crítica, injusto.

En primer lugar el propio concepto de eficiencia tiene un contenido valorativo. Como bien dice Calabresi, si bien se dice que el AED puede estar tratando de reemplazar la justicia por la eficiencia, tal posición pierde de vista que en un mundo donde los recursos son escasos, desperdiciar es injusto.[17]

Si se considera que desperdiciar no importa, entonces uno puede entender la crítica. Pero las decisiones legales conducen a que unos ganen y otros pierdan. Y cuando los recursos se desperdician, puede ser que todos pierdan o que se pierda más de lo que se gana. Ello conduce no solo a que haya menos riqueza, sino a que haya más pobreza. Si evitar que aumente la pobreza carece de contenido valorativo, entonces la crítica podría comenzar a tener algún fundamento.

Pero el tema no culmina allí. Incluso si se asumiera que la eficiencia carece de todo contenido valorativo, ello no descalifica al AED. Incluso si uno quiere decidir sobre la base de criterios de justicia, que dicho sea de paso son

[17] Calabresi, Guido, "Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?", *Ius et Veritas*, vol. 4, 1992, p. 90.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

casi imposibles de definir de manera pacífica, saber cuánto cuesta ser justo es un elemento central. Ello porque no se puede invertir lo que no se tiene, y medir la escasez de los recursos como un elemento a considerar pone a la justicia en contexto de realidad. No toda solución deseable es posible. Si uno considera que es justo que todos tengan una casa con piscina, menudo favor haríamos a la humanidad si creemos que dar una Ley que diga eso conseguirá por sí sola el efecto deseado. Construir casas con piscina tiene un costo evidente que el mero texto de la Ley no puede solventar.

En esa línea, no considerar que una norma que protege al deudor y que se considera justa, pueda reducir los niveles de crédito y generar menor inversión y desarrollo, es sacar la justicia de la realidad, lo que a su vez nos impide visualizar muchas otras probables injusticias que rodean una solución aparentemente justa. Descubrir y evaluar las ineficiencias de una decisión aparentemente justa es una manera de descubrir otras formas de injusticia.

En esa línea, poner las decisiones aparentemente justas en el contexto de la escasez que nos presenta el mundo real, es asumir la justicia con responsabilidad. Si finalmente se opta por la decisión considerada justa a pesar que se piensa que es ineficiente, se tomará una decisión informada y, por tanto, responsable. En cambio, una justicia irresponsable puede convertirse en la peor de las injusticias.

Así, como en otros casos, los esquizofrénicos ven en el AED algo que el AED no es. Nada en el AED lleva a descartar concepciones valorativas. Lejos esta en la concepción del AED descartar la justicia como valor, menos aún está la intención de matarla. Por el contrario está en su base poner al servicio de la justicia una herramienta adicional que los abogados solemos pasar por alto: aquella dirigida a evitar el desperdicio.

IV. Conclusión

Como en la física, la Ley de la Inercia está presente en la vida del Derecho. Cambiar el *status quo* implica enfrentar la energía estática y se requiere una fuerza dinámica mayor para impulsar el cambio. La resistencia al cambio toma muchas formas. Y así, nada llamado a tener un impacto está libre de controversia. En ocasiones esa resistencia es el ejercicio legítimo de quienes creen en lo que existe luego de haber comprendido lo nuevo. Pero en ocasiones la resistencia es consecuencia de una suerte de flojera intelectual que rechaza lo nuevo sólo por no darse el trabajo de comprenderlo y estudiarlo. Finalmente quedarse con lo existente termina siendo más cómodo y enfren-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tar el cambio implica un esfuerzo que no necesariamente se está dispuesto a emprender.

Pero rechazar lo nuevo sin conocerlo implica dar razones para rechazar lo que no se conoce. Y como no se conoce y algo hay que decir, se viven alucinaciones que explican lo inexplicable. En esas alucinaciones se recrea el AED para hacerlo parecer como algo que no es.

Pero esa esquizofrenia no es atribuible solo al AED. En realidad, la locura no está tanto en la percepción de lo nuevo, sino en cómo se percibe lo antiguo, es decir cómo se percibe el Derecho desde la perspectiva tradicional. La verdadera locura esta en la "jurisprudencia de conceptos", en su irrealismo y en su incapacidad de renunciar a ser lo que es.

Alguna vez un médico formado en medicina oriental me comentó que toda enfermedad no era otra cosa que un desequilibrio entre lo que el cuerpo o la mente necesitan y lo que tienen. Salud es entonces equilibrio, desequilibrio es enfermedad. La esquizofrenia jurídica puede también ser calificada como una enfermedad de la vida social, aquella generada por un desequilibrio entre la dosis de realidad que la sociedad necesita del Derecho y la realidad que el Derecho, tal como lo hemos concebido, está en capacidad de darle. La cura a esta esquizofrenia no está en aceptar o no el AED. Está en aceptar que el Derecho puede ser distinto a como lo hemos concebido siempre. Quizás eso sea lo único por lo que el AED debe ser estudiado y aprendido: el ayudarnos a pensar el Derecho de otra manera a aquella a la que estamos acostumbrados.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliografía Citada*

BECKER, Gary, "El enfoque económico del comportamiento humano", *Información Comercial Española*, vol. 557, enero 1980.

BECKER, Gary. "Crime and Punishment: an economic approach", *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968.

BULYGIN, Eugenio. *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*, Abeledo Perrot, 1961.

CALABRESI, Guido and MELAMED, Douglas, "Property Rules. Liability Rules and Inalienability: A view of the Cathedral", *Harvard Law Review, vol.* 84, 1972.

CALABRESI, Guido, "Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?", *Ius et Veritas*, vol. 4, 1992

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CALABRESI, Guido, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Aproach*, New Haven and London, Yale University Press. 1970.
CAMPOS, Paul. *Jurismania. The Madness of American Law,* Oxford University Press, 1998.
COASE, Ronald, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, Vol.,3, 1960.
COHEN, Felix., *El Método Funcional en el Derecho*, Buenos Aires, Abelado-Perrot.
HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica,* Madrid, Editorial Civitas, 1981.
PALACIOS, Eric, "La conversión y la heterointegración de los negocios jurídicos", Tesis para optar por el título de Abogado, Lima, 1995.
TORRES LÓPEZ, Juan, *El Análisis Económico del Derecho.* Tecnos, 1987.
TORRES Méndez, Miguel, *Estudios sobre el Contrato de Compraventa,* Grijley, Lima, 1993.

2. *Bibliografía Recomendada*

BULLARD, Alfredo, Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales, Lima, Palestra, 2003.
CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", Yale Law Journal, vol. 70, 1961.
GUESTRIN, Andrés, *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Abacom, 2004
LANDES, William y POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Mas: Harvard University, 1987.
POLINSKY, Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, 3rd ed., Aspen Publishers, New York, 2003
POSNER, Richard A., "A Theory of Negligence," Journal of Legal Studies, vol. 1, 1972.
_____, *Economic Analysis of Law*, 8th ed., Aspen Publishing, New York Press, 2010.
ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1994
SPECTOR, Horacio, *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Buenos Aires: Rubinzal y Asociados Editores, 2004.
TORRES LÓPEZ, Juan, *El Análisis Económico del Derecho.* Tecnos, 1987.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 21
PLURALISMO JURÍDICO

Pablo Iannello*

Sumario. I. *Introducción*. II. *Antecedentes y surgimiento del pluralismo jurídico*. III. *Contribuciones en la conceptualización del pluralismo jurídico*. IV. *El pluralismo jurídico y la teoría de sistemas*. V. *Límites y Críticas al Pluralismo Jurídico*. VI. *Perspectivas sobre el concepto de pluralismo jurídico. El pluralismo jurídico en la práctica. Un caso paradigmático.* VI. *Conclusiones* VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

El pluralismo jurídico ha sido entendido como uno de los conceptos clave en la visión postmoderna del derecho, en la cual se da la coexistencia de espacios legales superpuestos interconectados e interrelacionados, y la vida de la gente está alcanzada por la inter-legalidad de dichos sistemas normativos.[1] Por tales motivos esta idea ha cobrado una gran importancia a la hora de entender el derecho en una sociedad global y multicultural.

La visión tradicional del pluralismo jurídico surgió como una expresión de resistencia a la posición dominante de los estados nación a partir de los procesos de descolonización que tuvieron lugar durante las décadas del 50, 60 y 70. A partir de los estudios que la antropología legal había elaborado con anterioridad, los teóricos del derecho intentaron esbozar teorías cuya pretensión era mostrar que aquello que había sido denominado como "derecho" por los juristas a partir del siglo XVII y XVIII resultaba insuficiente para explicar una cantidad de comportamientos observados en diferentes sociedades no occidentales. A partir de allí se intentó proponer una teoría que mostrara la insuficiencia de las categorías contractualistas clásicas para permitir la inclusión de diferentes realidades culturales con sus propias

* Director del departamento de Ec. y Cs. Políticas ESEADE. Profesor UADE – UBA.

[1] Sousa Santos, Bonaventura de, "Law: a map of misreading: Toward a post-modern concept of Law", *Journal of Law and Society*, vol. 14, núm. 3, 1987, pp. 279-302.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

nociones de normatividad. En esta línea Sousa Santos expone al respecto que:

> La lógica operativa del contrato social se encuentra, por lo tanto, en permanente tensión con su lógica de legitimación. Las inmensas posibilidades del contrato conviven con su inherente fragilidad. En cada momento o corte sincrónico, la "contractualización" es al mismo tiempo abarcadora y rígida; diacrónicamente, es el terreno de una lucha por la definición de los criterios y términos de la exclusión/inclusión, lucha cuyos resultados van modificando los términos del contrato.[2]

Sin embargo esta concepción ha planteado serios inconvenientes con el concepto de derecho, como así también con la determinación de los verdaderos límites del fenómeno legal.

Las siguientes líneas buscan presentar una descripción de las diferentes posiciones dentro de la corriente denominada pluralismo jurídico, como así también la evolución que ha presentado este pensamiento dentro del derecho. Luego se presentan las principales críticas que ha soportado la noción de pluralidad de órdenes normativos y las posibles respuestas a las mismas. A partir de allí se desarrollan brevemente algunas inconsistencias sobre la idea de pluralismo jurídico y la innecesaridad de algunas categorías tradicionales propuestas por este enfoque. Finalmente se presentan algunas líneas, a modo de conclusión, que podrán servir para futuras investigaciones.[3]

II. Antecedentes y surgimiento del pluralismo jurídico

Los antecedentes más remotos del pluralismo jurídico pueden encontrarse en las primeras explicaciones del derecho como fenómeno social. Esta idea está basada en la afirmación que aun las sociedades más antiguas poseían algún tipo de orden el cual podía calificarse como jurídico. La literatura considera a Sir Henry Maine como uno de los pioneros en estudiar la evo-

[2] Sousa Santos, Bonaventura de, *Reinventar la democracia, Reinventar el estado*, Sequitur, Madrid, 1999, p. 51.

[3] Toda vez que el pluralismo jurídico encontró sus raíces en la antropología legal, muchos de los estudios referidos al tema cuentan con investigaciones de campo culturas no occidentales. En tanto este trabajo busca analizar la teoría en abstracto desde un ángulo filosófico y no sociológico o antropológico, he intentado realizar la menor cantidad de referencias posibles hacia dichos tipos de trabajo sin que ello implique restarle importancia a aquellas contribuciones, pues fueron las que permitieron elaborar los conceptos fundamentales del pensamiento en estudio.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

lución de las estructuras jurídicas de las sociedades primitivas a partir de las nociones de parentesco/individuo y estatus/contrato.[4]

Otros antecedentes pueden encontrarse en teorías de corte netamente sociológico. Así Durkheim también contribuirá al estudio de las relaciones entre el derecho y la sociedad, formulando a la vez una crítica contundente a la noción individualista planteada por el contractualismo de Hobbes y Locke. Frente a la teoría del contrato social, Durkheim estructurará su explicación del derecho como fenómeno de solidaridad mecánica y orgánica. De esta manera lo jurídico resulta una manifestación de las condiciones sociales existentes. En esta línea Radcliffe-Brown, sin negar la idea de solidaridad durkhemiana, entiende que las normas dependerán de la estructura social; la cual es definida como conjunto de pautas entre individuos y grupos. En esta propuesta, la función del derecho es mantener el equilibrio funcional y su violación genera la aplicación de sanciones que tiene por finalidad restaurarlo. Finalmente, Pritchard desarrolló la idea de selección situacional, según la cual los protagonistas en una situación de conflicto seleccionaban dentro de un menú de opciones normativas aquellas que mejor se adecuaban a sus objetivos para resolver un conflicto.[5]

También en la obra de Malinowski puede encontrarse una definición del derecho asociada a la idea de control social. Según este autor el derecho debía definirse por su función y no por su forma. En tal sentido, la función del derecho era la de mantener el orden social, el cual puede encontrarse en pautas regularizadas de comportamiento concreto. Así, el derecho son abstracciones de pautas concretas de comportamiento que resultan del orden social. De esta forma el derecho es tan plural como la sociedad misma.[6]

Por su parte, Eugene Elrich también contribuyó con la evolución del concepto de pluralismo jurídico.[7] A partir de la idea de "derecho viviente" propone la idea de que derecho no es sinónimo de centralismo estatal. El derecho ordena cada tipo de asociación humana y a partir de estas asociaciones se producen normas de control social a partir de las cuales surge el derecho.

[4] Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, vol. 22, núm. 5, 1988, pp. 869-896.

[5] Malinowsky, Bronislaw, "Crime and Custom In Savage Society", London, Routledge, 1926.

[6] *Ibidem,* p. 2.

[7] Elrich, Eugene, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1968.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Lo que más vale la pena destacar del trabajo del Elrich no es el concepto de derecho vivo en la manera que hoy se comprende, es decir como pluralidad de órdenes normativos, sino que lo que se entiende por derecho se encuentra vivo en la cotidianeidad de una sociedad.[8]

Elrich distinguió el derecho vivo de aquel contenido en las proposiciones normativas que resultaban aplicadas por las cortes. El derecho era en cambio la práctica de lo que la sociedad denominaba derecho.[9] Entiendo que una de sus principales contribuciones a la noción de pluralismo jurídico proviene de a enfocar el estudio del derecho desde las condiciones de adaptabilidad de las normas.[10]

A partir de las décadas del sesenta y setenta floreció la tendencia de analizar al derecho desde una perspectiva diferente de la denominada *centralismo jurídico*. Las causas que favorecieron este tipo de estudios estuvieron asociadas, como ya se mencionó, con el proceso de descolonización de África y Asia; como así también un renovado interés por parte de los juristas en el estudio del derecho de dichos pueblos. Fue entonces que el derecho abordó una serie de estudios que tradicionalmente habían estado relegados a la antropología. Los teóricos del derecho necesitaron conceptualizar estructuras normativas que muchas veces no encuadraban en la estructura propia de los estados occidentales en términos propios, independientes de la antropología, que permitieran capturar los problemas de la existencia de "otras formas de derecho".

El estudio del pluralismo jurídico implica un amplio rango de propuestas, que abarcan desde las interrelaciones entre sistemas jurídicos de tradición occidental y órdenes normativos indígenas; hasta el estudio de diferentes sub sistemas jurídicos existentes en la países industriales. Cada una de estas propuestas conlleva una definición propia del fenómeno del derecho plural. En la actualidad algunos juristas han entendido que el concepto de pluralismo jurídico es fundamental para la construcción de una teoría del derecho postmoderna y global.[11]

La literatura ha realizado diferentes clasificaciones del concepto de pluralismo jurídico entre los estudios referidos al "pluralismo clásico" y el denominado "nuevo pluralismo jurídico". El primero de los conceptos se conecta con los estudios jurídicos basados en la recepción de derechos oc-

[8] Tamahana, Brian, "A Vision of Social Legal change: Rescuing Ehrlich from 'Living Law'", *Law & Social Inquiry, vol.* 36, núm. 1., 2011, pp. 297-318.

[9] *Ibidem*, p. 299.

[10] *Ibidem*, p. 311.

[11] *Ibidem*, p. 298.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cidentales con tradiciones jurídicas indígenas. Un ejemplo de este tipo de estudios radica en las comparaciones que se han realizado respecto de noción de propiedad occidental vs. la justificación de la ocupación de la tierra por parte de los pueblos originarios. Mientras que los pueblos indígenas tienen con la tierra una relación de naturaleza espiritual, con claros contenidos de religiosidad; una relación que no se limita o, más propiamente, trasciende a la esfera estrictamente patrimonial o económica; la concepción occidental de propiedad consiste en la existencia de un título que justifique dicha posesión.[12]

La realización de este tipo de estudios sobre la coexistencia de órdenes normativos generó, más allá de su riqueza etnográfica, una serie de conceptos que fueron luego aplicados al estudio de sociedades no colonizadas. Entre los principales se han mencionado: a) la interacción de diferentes órdenes jurídicos con estructuras conceptuales sustancialmente diferentes; b) la atención dedicada a la elaboración de la costumbre histórica en una cultura jurídica determinada; c) la dialéctica que pueda existir entre los órdenes jurídicos coexistentes.[13]

Un cambio en el enfoque de los estudios sobre pluralismo jurídico se dio en la década de 1970. A partir de ese momento se iniciaron nuevos estudios que aplicaron la idea de órdenes jurídicos múltiples a sociedades no colonizadas. Ello fue producto del retorno a las aulas de los antropólogos que habían realizado trabajo de campo durante los años cincuenta y sesenta. Este nuevo enfoque busca relacionar la existencia de distintos niveles normativos que coexisten en una sociedad en un determinado momento y que si bien se encuentran interconectados poseen algún tipo de independencia respecto del orden central. Claro que estas nuevas propuestas tenían sus propias dificultades. Concretamente en este caso ocurría que las formas de órdenes normativos no estatales resultaban más difíciles de detectar.

Sin perjuicio de las clasificaciones previamente mencionadas, el denominador común que se puede encontrar en los estudios sobre pluralismo jurídico es un desplazamiento del estudio de las normas generadas por el aparato propio del Estado, análisis propio de la tradición racionalista positivista, a otras formas de ordenamiento normativo generadas más allá de los límites del estado.

Desde una perspectiva crítica se sostiene que el pluralismo jurídico surgió con un objetivo principalmente instrumental, que consistió en combatir

[12] Vázquez, Gabriela, "La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. A propósito de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009." *Suplemento Jurisprudencia Argentina* de 25/11/2009.

[13] Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism", *op. cit*, p. 873.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

la pretensión de lo que se denomina centralismo jurídico. Ello porque el derecho desarrollado por el estado no es verdadero derecho. Las concepciones que intentan explicar el fenómeno jurídico desde una perspectiva intercultural rechazan la idea de un derecho estatal simplemente porque el estado es una realidad contingente geográfica y temporalmente.

III. Contribuciones en la conceptualización del pluralismo jurídico

Desde las perspectivas antropológicas se ha aceptado que una de las conceptualizaciones más acabadas de pluralismo jurídico fue aquella desarrollada por Leopold Pospisil.[14] Este autor fue uno de los primeros en sostener una visión amplia del pluralismo jurídico no reducida a la definición estatal/no estatal. En su definición se establece que cada sociedad se articula en subgrupos y cada uno de ellos tiene su propio sistema legal el cual es necesariamente diferente al menos en algún aspecto.[15] Por subgrupos se entiende diferentes unidades que pertenecen a una sociedad homogénea con características estamentarias y que responden a ciertas reglas y procedimientos similares. Aquí la noción de sistema legal es un poco más amplia que la idea clásica del *"positivismo austiniano"* (ver, POSITIVISMO JURÍDICO) e incluye los sistemas de decisión judicial, como así también la idea de órdenes normativos no legales.[16] Esta propuesta permite identificar la existencia del derecho en subgrupos con independencia de la existencia de la concepción de la sociedad como un todo, de tal manera que no hay sociedad que tenga un único sistema legal coexistente, sino más bien tantos subsistemas como subgrupos existan. La existencia de niveles jurídicos múltiples plantea una visión estructuralista del fenómeno en estudio. Sin embargo el autor no realiza un estudio sobre la manera en que se estructuran estos sistemas normativos.[17]

[14] Pospisil, Leopold, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971.

[15] Griffiths, John, "What is Legal Pluralism", *Journal of legal Pluralism*, vol. 24, 1984, pp. 1-55.

[16] Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism", *op. cit*, p 870.

[17] Sierra, María Teresa y Chenaut Victoria, "Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: Las corrientes anglosajonas", Krot, Esteban (ed.) *Antropología jurídica: Perspectivas socio culturales en el estudio del derecho*, Editorial Antrophos, Barcelona, 2002, pp. 113-118.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Desde las definiciones propuestas por el derecho, la de Hooker ha sido una de las más difundidas. Este autor afirma que el pluralismo jurídico puede entenderse como aquellas circunstancias en el mundo contemporáneo que han resultado de la transferencia de sistemas legales a entornos culturales diferentes. Desde este punto de vista, un sistema jurídico es pluralista cuando existen diferentes regímenes normativos soberanos y cuando existe algún tipo de relación entre los regímenes paralelos y el sistema central.[18]

Sin lugar a dudas una de las contribuciones centrales a la idea de pluralismo jurídico fue la propuesta por John Griffiths, quien realiza la distinción entre el concepto de pluralismo jurídico propio de las ciencias sociales y la proposición jurídica del citado concepto. El primero refiere a una determinada situación empíricamente comprobable en una sociedad determinada, resultante de la coexistencia dentro de un grupo social de órdenes jurídicos que no pertenecen a un único sistema; el segundo resulta de la coexistencia de dos órdenes jurídicos que se generaron a partir del proceso de colonización por parte de los países.[19]

Este autor parte de la idea de que una de las herencias principales de la sociedad burguesa moderna es la idea de un orden legal estatal de tipo centralizado. El derecho del estado ha sido concebido de manera uniforme para todos los individuos pertenecientes al mismo, con exclusión de cualquier otro tipo de sistema legal y administrado por un cuerpo centralizado de instituciones. En este tipo de estructuras, las normas se encuentran unificadas y jerarquizadas pudiendo observarse dos direcciones: de arriba hacia abajo, dependiendo del mandato soberano; o de abajo hacia arriba, derivando su validez de normas más generales hasta alcanzar algún tipo de norma fundamental.[20]

Griffin afirma que, el carácter prescriptivo que han adoptado la mayoría de las explicaciones legales provenientes del centralismo legal, ha impedido el desarrollo de una teoría descriptiva del fenómeno del derecho. Las concepciones sobre lo que el derecho es han reflejado la idea de lo que el derecho debe ser. De esta manera, tanto los juristas como los científicos sociales se han visto privados de poder observar lo que el derecho verdaderamente es, lo cual va más allá de la idea de una jerarquía organizada de normas establecidas por el estado. A partir de esta idea, el pluralismo jurí-

[18] Merry, Sally. "Legal Pluralism", *op cit*., p. 872.
[19] Griffiths, John, "What is Legal Pluralism", *op. cit* p. 17.
[20] *Ibidem*, p. 18.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

dico estará constituido por los hechos observables por el científico mientras que el centralismo jurídico será un mito.[21]

En esta línea existen dos tipos de pluralismo jurídico: el fuerte y el débil. El primero es aquel que se entiende refleja el verdadero estado de los hechos de una sociedad, es decir un estado empírico del derecho en una sociedad; el segundo se refiere a un estado en el cual el soberano otorga validez a diferentes sistemas jurídicos permitiendo una coexistencia de los mismos. La noción de pluralismo jurídico débil conlleva necesariamente la idea de un centralismo jurídico débil.

La idea de pluralismo jurídico débil suele estar asociada a sociedades colonizadas en las cuales el orden legal central reconoce la existencia de costumbres jurídicas anteriores. Un claro ejemplo de este tipo de pluralismo jurídico es el que existió a partir de 1772 en los territorios administrados por la Compañía de Indias Orientales. Este tipo de procesos conlleva la idea de reconocimiento de las normas preexistentes las cuales deberán adaptarse a las categorías del régimen legal central.

El pluralismo jurídico no es entonces simplemente la oposición a un régimen jurídico monista. En otros términos, la existencia de diferentes reglas aplicables a diferentes estratos de la población no constituye en sí mismo la existencia de un orden jurídico plural en el sentido fuerte del término, pues como ya se indicó, puede existir el fenómeno del reconocimiento por parte de un estado de diferentes sistemas normativos.[22]

En la teoría de Griffith el pluralismo jurídico resulta de la organización jurídica de la sociedad, en tanto el derecho es uno de los mecanismos de control social disponible en diferentes ámbitos sociales, por lo tanto la coexistencia de sistemas normativos es congruente con la organización de la sociedad.[23]

Otra contribución central a la idea de pluralismo jurídico fue la propuesta por Jacques Vanderlinden, a la luz de las críticas que los juristas formularon al concepto de derecho estatal.[24] En su propuesta se distinguen tres aspectos fundamentales: a) el cuestionamiento existente del derecho como fenómeno legislativo cuyo resultado es la norma; b) la idea que todo ordenamiento jurídico tiene vocación totalitaria y esto lo diferencia de otros mecanismos reguladores, sin perder de vista que el derecho es un

[21] *Ibidem*, p. 18.
[22] *Ibidem*, p. 26.
[23] *Ibidem*, p. 54.
[24] Vanderlinden, Jacques, "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", *Revue de la Recherche Juridique*, 1993, núm. 2, pp. 572-585.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sistema regulador de la sociedad como tantos otros; c) toda sociedad practica una multiplicidad de sistemas jurídicos. Con lo cual toda sociedad es plural en cuanto a sus normas, por lo que no puede haber espacio para el monismo estatal. La propuesta del autor para la comprensión del fenómeno plural consiste en la observación de las prácticas que cada individuo realiza en la selección de normas —"*manage de for*"— en las diferentes estructuras sociales a las que pertenece.[25]

Debido al vacío que existe en las prácticas legales y provisiones normativas por parte del derecho central, existe una pluralidad de leyes sobre las cuales los individuos pueden elegir. La novedad radica en que esta situación no describe una falencia del centralismo, sino más bien la manifestación positiva de conformidad con otros sistemas.[26]

Un avance fundamental en la conceptualización del pluralismo jurídico se produjo a partir de la idea de los campos sociales semiautónomos, que se caracterizan por la posibilidad de generar reglas y garantizar su aplicación e inducir a la conformidad con dicha regla. Cada uno de estos campos contiene sus propias costumbres, utilizando términos ya citados, contienen diferentes niveles de normas legales. Su rasgo distintivo proviene de la ausencia de autonomía y de asilamiento, pero a la vez es permeable a las reglas y decisiones que emanan de grupos más grandes.[27]

Estos campos semiautónomos no están atados a un único grupo social y por lo tanto no es necesario justificar de manera autónoma su naturaleza normativa, por lo que los campos externos influencian pero no dominan al subsistema.[28]

Una conceptualización más moderna que la de Griffiths, también muy aceptada dentro de la corriente en estudio, es la propuesta por Sousa Santos quien define el derecho como un cuerpo de procedimientos regulares y estándares normativos que pueden justificarse en cualquier grupo dado, vinculado a la creación de mecanismos para la prevención y arreglo de disputas a través de un discurso argumentativo asociado a la amenaza del uso de la fuerza.[29]

[25] *Ibidem*, pp. 583-584.

[26] Baudouin, Dupret, "Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías críticas y reespesificación praxiológica", *op. cit.*

[27] Moore, Sally, "Law and Social Change: The semiautonomous social field as an appropriate subject of study", *Law & Society Review*, vol. 7, núm. 4, 1973, pp. 719-476.

[28] Vale mencionar que Moore luego reemplazo el término derecho de su definición de sistemas semi- autónomos reemplazándola por reglamentación.

[29] Sousa Santos, Bonaventura de, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Londres, 1995 y Tamahana, Brian, "A non Essentialist Version of legal pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 2, 2000, pp .296- 321.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Esta definición tiene la particularidad de ser básicamente funcionalista, pues se basa en la noción de encontrar la función del derecho que no es otra que mantener el orden normativo en el grupo a través de la resolución de conflictos. A la vez, es esencialista en la medida en que enuncia los elementos que deben reunirse para la existencia de derecho. La falta de alguno de ellos hace que esa situación no pueda considerarse derecho. El problema de esta definición es que los elementos son demasiado amplios y permitirían que casi todo pudiera considerarse derecho.

Para solucionar esta amplitud de conceptos, el citado autor reduce el alcance definiendo seis compartimentos de estructuras sociales que se encuentran en estructuras normativas que permiten solucionar las diputas en el ámbito del hogar: la ley de producción, aquellas normas y reglas que solucionan los problemas en los sistemas de producción de bienes y servicios; las leyes de intercambio, aquellas normas y reglas que establecen los patrones de intercambio entre productores, mercaderes y consumidores; la ley de la comunidad que es utilizada por grupos hegemónicos u oprimidos y remarca identidades imperiales o defiende identidades minoritarias; la ley territorial o del estado aquella ley que gobierna la ciudadanía; y finalmente la ley sistémica, aquella que establece las formas legales globales que regulan las relaciones entre centro y periferia y las relaciones entre estados.[30]

Santos reconoce que los sistemas interactúan entre sí. Especialmente el derecho estatal interactúa en cada uno de los otros niveles.[31]

Hasta ahora podemos notar que las posturas pluralistas suelen caracterizarse en su sentido más clásico por marcar una tensión entre el derecho estatal y un sistema menor de derecho. La existencia de conflicto en el pluralismo jurídico parece una de sus notas esenciales. Sus proponentes encuentran inconsistencias en lo que se denomina derecho y lo que realmente es derecho. Principalmente porque lo que "se denomina" derecho proviene del *"estado hegemónico"*, mientras que existen campos normativos que escapan al derecho estatal y que también cumplen con las funciones propias de aquello que suele conceptualizarse como derecho.

Pero también existen propuestas no conflictivas del pluralismo. Masaji Chiba ha desarrollado su propuesta con una estructura diferente a la del conflictivismo. Este autor caracterizó al fenómeno plural como "la coexistencia de estructuras de diferentes sistemas legales ante el postulado de una

[30] Tamahana, Brian, "A non Essentialist Version of legal pluralism", *op. cit* pp. 302-303.
[31] *Ibidem*, p. 303.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cultura legal".[32] A partir de este concepto se propone una re-investigación de la dualidad propia del pluralismo jurídico en dos niveles, uno interno y otro externo.[33]

En su análisis interno se muestra que la dicotomía derecho *estatal/no estatal* no es completa. La existencia de un sistema de derecho positivo contempla además mecanismos de jerarquización de normas en donde se permite la incorporación y articulación con otros sistemas legales existentes, propios de cuerpos menores tales como sindicatos, universidades, incluso las comunidades de pueblos originarios. Por otro lado, el análisis interno muestra que la estructura típica de derecho positivo de un estado nación clásico se encuentra cada vez determinada por la influencia del sistema de derecho transnacional. Este derecho transnacional tiene injerencia en la determinación del lugar que ocupan los derechos no estatales dentro del derecho estatal. Por ejemplo, el reconocimiento de las culturas y tradiciones de los pueblos originarios producto de las convenciones existentes en materia de derechos humanos. [34]

Es cierto que el pluralismo jurídico puede mostrar conflictos existentes entre estructuras normativas. Lo importante no es solamente detectar el conflicto sino saber administrarlo de manera que pueda solucionar las causas que lo generan, de acuerdo a las convicciones sociales prevalecientes[35].

Finalmente un punto no menor planteado por Chiba es el rol que cumple la subjetividad en la teoría del pluralismo jurídico. La subjetividad en el derecho ha derivado en lo que los pluralistas denominan policentrismo legal. Este concepto explora las condiciones de formación de lo jurídico a la luz de lo que el sujeto percibe como legal y que le permite decidir qué considerará derecho dentro de un menú de opciones posibles[36].

IV. El pluralismo jurídico y la teoría de sistemas[37]

Varios intentos de explicación sobre la pluralidad de sistemas normativos contienen elementos de la denominada teoría de los sistemas. Esta propues-

[32] Chiba, Masaji, "Other Phases of Legal Pluralism in the contemporary World", *Ratio Juris*, vol. 5, núm. 3, 1998, pp. 228-45.

[33] *Ibidem*, p. 233.

[34] *Ibidem*, p. 233.

[35] *Ibidem*, p. 237.

[36] *Ibidem*, p. 239.

[37] En el presente capitulo no se realiza una descripción de la teoría de sistemas, antes bien solo se utilizan sus conceptos para mostrar los intentos de acoplamiento de este tipo de discurso al pluralismo jurídico.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ta parte de la idea que las sociedades están constituidas por relaciones de comunicación y que los esfuerzos para comprender el derecho son realizados dentro de una sociedad, por lo tanto la comprensión del derecho está atado a la comunicación y como consecuencia al lenguaje.[38]

El análisis del pluralismo jurídico a partir de la teoría de sistemas puede encontrarse de manera clara en la propuesta de Teubner. En ella, el pluralismo jurídico no debe definirse como un conjunto de normas en conflicto, sino como una multiplicidad de procesos comunicativos que observa la acción social bajo el código binario de legal/ilegal.[39]

Para entender este código binario y a partir de allí la idea de sistemas plurales de normas, hay que poder explicar el sistema legal como autopoiesis. Esta explicación utiliza herramientas del denominado giro lingüístico apartándose de la sociología del derecho positivista. El derecho entendido como sistema autopoiético pretende mostrar que el sistema legal es autoreferenciado. Ello implica que el sistema produce y reproduce sus propios elementos a través de la interacción de los mismos.[40] En un sistema jurídico un sistema auto-referenciado conlleva una relación circular entre las decisiones legales y normas. Las decisiones legales son válidas porque se sostienen a partir de normas, las cuales son válidas sólo en términos de decisiones legales.[41]

La evolución de los sistemas legales debe entenderse como un conjunto de mecanismos de variación, selección y retención que pueden identificarse en el marco un subsistema, y de la interacción de estos mecanismos con mecanismos similares de otros subsistemas sociales.[42] A partir de allí la acción de los operadores jurídicos de un sistema en un momento determinado conlleva el desarrollo de determinadas estructuras jurídicas.[43]

Un concepto muy similar puede esbozarse en términos de la teoría evolutiva de juegos. La adaptación de la norma a un subgrupo de normas dentro de un sistema legal implica adaptar el elemento mutante para que los

[38] Luhman, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford University Press. Oxford. 2004, p. 424.

[39] Teubner, Gunter, "Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism". *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992, pp. 1443-1462.

[40] Teubner, Gunter, "Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg", *Law and Society Review*, vol. 18, núm. 2, 1984, pp. 291-301.

[41] Paterson, John, "Reflecting on reflexive law", King, Michael & Thornhill Chris (ed.) *Luhman on Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing, pp. 13-35.

[42] *Ibidem*, p. 295.

[43] Watson, Alan, *The evolution of Law*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1985, p. 18.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

operadores jurídicos lo adopten de forma tal que generen la transición de una estrategia estable de equilibrio original a una nueva.[44]

En un sistema auto-referenciado con potencialidad de conflictos por la existencia de subsistemas, los jueces tendrán un papel preponderante ya que deberán elaborar un proceso de adaptación de la norma al sistema institucional, en tanto son quienes realizan la ponderación de la aplicación de las normas haciendo mérito de los intereses en conflicto. Sobre este punto, los jueces efectúan evaluaciones idiosincráticas con relación a los beneficios que obtienen en el caso particular y en el que deben optar entre seguir un parámetro establecido y adaptar una nueva regla.[45]

Una visión sistémica del pluralismo jurídico permite comprender mejor como actúan los distintos niveles de normas dentro de una sociedad o entre sociedades que tienen algún vínculo. Una propuesta de este estilo debe proponer la manera de articular los elementos del "no derecho" con el derecho estatal. Con este objetivo Teubner propone la noción de re-entrada al sistema.[46]

Esta noción busca solucionar las posiciones dialécticas de derecho/no derecho – derecho estatal/derecho no estatal. La idea consiste en capturar la representación de la dicotomía volviéndola parte del sistema. De esta manera, una dicotomía que puede llevar a una paradoja, pasa a formar parte del mundo generando un proceso de morfogénesis, entendiéndose por la situación en la cual si existe una paradoja y la misma no destruye las posibilidades de conocimiento del sujeto, entonces ese conocimiento se ve ampliado por un nuevo concepto.[47]

V. Límites y críticas al pluralismo jurídico

Pareciera razonable aquella afirmación que sostiene que una buena teoría del derecho es aquella que explica qué es el derecho.[48] De allí que para evaluar las pretensiones del pluralismo como teoría del derecho se debe analizar su poder explicativo respecto del fenómeno jurídico.

[44] Samuelson, Larry, *Evolutionary Games and Equilibrium Selection*, The MIT Press, Cambridge Massachussets, 1997, p. 17.

[45] Hadfield, Guillian, "Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law", *Journal of Comparative Economics,* vol. 36, pp. 43-73.

[46] Teubner, Gunter, "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems", *The American Journal of comparative Law*, vol. 45, núm. 1., 1997, pp. 149 -169.

[47] *Ibid.*, p. 160.

[48] Bix, Brian. "Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho", *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 609- 634.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La pretensión de esta corriente consiste en mostrar la incorrecta afirmación de que el derecho proviene de las creaciones legislativas desarrolladas a partir de lo que suele denominar *estado-nación*. Como ya se indicó, esta propuesta no daba cuenta, según los pluralistas, de la existencia de lo que es el derecho, pues existen sociedades que han desarrollado sistemas sancionatorios diferentes a los occidentales. Creo que este es un punto válido de la teoría y ha logrado describir la existencia de diferentes modelos normativos, o la existencia de múltiples niveles normativos e incluso la interacción que pueden llegar a existir entre ellos. En otras palabras, no es difícil observar que el derecho en nuestros días es de carácter pluralista.[49]

Sin embargo, y como se ha mostrado en la sección primera de este trabajo, existen numerosos conceptos de derecho para los defensores de esta concepción. Esta imposibilidad de definición ha redundado en una necesidad de redefinir el pluralismo como teoría del derecho.

Tamahana ha realizado una crítica detallada de los problemas que se han planteado en esta corriente, tanto a nivel analítico como instrumental. Los problemas analíticos consisten en dos aspectos vinculados. El primero, entiendo no es propio del pluralismo jurídico y proviene de la imposibilidad de lograr un acuerdo sobre la definición de derecho. Los pluralistas están de acuerdo con que existen diferentes pluralidades de derechos en los diferentes sistemas sociales. Sin embargo, no han logrado ponerse de acuerdo en el significado de dicha afirmación.[50]

El segundo problema resulta de una aserción negativa en la que los pluralistas han logrado un conceso. No todo el derecho es derecho estatal. Si aceptamos esta proposición entonces los límites de lo jurídico empiezan a resquebrajarse hasta llegar al punto en que cualquier sistema normativo podrá ser denominado derecho.[51] De hecho, la posición pluralista sobre este punto consiste en afirmar que las reglas evolucionan de forma espontánea en la vida social. Esta idea de derecho vivo en la sociedad acarrea problemas ontológicos sobre el derecho.[52]

Tamahana plantea que los partidarios del pluralismo jurídico deben decidir si enfatizan los patrones de ordenamiento social concreto, aquello que la sociedad normalmente realiza-; o se centran en la identificación institu-

[49] Tamahana Brian, "A non Essentialist Version of legal pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 2, 2000, pp.296-321.

[50] *Ibid.*, p. 303.

[51] *Ibid.*, p. 299.

[52] Tamahana, Brian, "The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 20, núm. 2, 1993, pp. 192-217.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ción y ejecución de las normas. Centrarse en la primera categoría implica recurrir en el problema antes descripto referido a la imposibilidad de determinar que patrones de sociales de conducta serían efectivamente derecho. Por su parte, si aceptan la segunda alternativa los pluralistas deben renunciar a capturar los análisis sociales descansando exclusivamente en comparaciones institucionales.[53]

Ocurre entonces que los problemas instrumentales son consecuencia de los problemas analíticos antes mencionados. Así resulta difícil poder establecer relaciones entre derecho y sociedad sino tenemos una definición más o menos acertada de lo que significa el primero de esos términos. A partir de allí la observación y selección de datos no puede llevarse adelante pues resulta difícil determinar los patrones relevantes a observar.

Las visiones sistémicas han contribuido de manera importante a clarificar el concepto de pluralismo al mostrar las interrelaciones que juegan distintos niveles de normas y que no necesariamente todas ellas provienen del estado. Pero estas propuestas adolecen de sus propios problemas, puesto que en términos lingüísticos encontrar el código binario legal/ilegal consiste en tratar de capturar niveles de lenguaje que no pueden ser reducidos a dichas categorías.

VI. Perspectivas sobre el concepto del pluralismo jurídico

Encuentro que el pluralismo jurídico como teoría no ha podido sortear algunos problemas analíticos fundamentales, tal como se ha descripto en la sección anterior de este capítulo. Más allá de estos problemas entiendo que la idea de coexistencia de órdenes jurídicos es una cuestión relevante en la teoría del derecho a la hora de resolver los denominados casos complejos.

La posibilidad de que existan órdenes jurídicos diferentes en una misma sociedad no resulta en la sociedad postmoderna algo difícil que aceptar, ya en otros tiempos de la historia se dio esta coexistencia. A modo de ejemplo, dentro de los sistemas occidentales el derecho canónico y el derecho estatal coexisten y en muchos casos los efectos de uno no sustituyen los del otro.[54]

[53] *Ibid.*, pp. 206-207.

[54] El procedimiento de anulación del vínculo matrimonial civil no produce efectos respecto del vínculo religioso cristiano. Quienes practican esta religión deben realizar un procedimiento especialmente detallado en el Código de Derecho Canónico.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El derecho posmoderno es plural y una característica esencial de éste es que no existe un principio unificador.[55]

En América Latina se ha dado una progresiva incorporación en los textos constitucionales de los derechos de los pueblos originarios, respetando su herencia cultural, lo que sin duda creo que incluye sus estructuras normativas.[56]

Ya he puntualizado en las secciones anteriores que el pluralismo jurídico cobró relevancia como un intento de explicar la existencia de sistemas de normas que surgieron luego de los proceso de colonización y que en muchos casos generó un fenómeno de trasplantes legales.

Ello fue así porque los pluralistas jurídicos suelen dirigir su atención a la existencia de sistemas de normas no occidentales, con valores que en algunos casos suelen ser diferentes a los aceptados en la sociedad occidental. De esta visión clásica parecieran desprenderse dos posibilidades para el pluralismo como teoría: a) aceptar una posición netamente descriptiva, afirmar que el derecho no es solamente el derecho estatal y mostrar las interrelaciones entre los diferentes sistemas; b) buscar algún criterio de normatividad que permita explicar las condiciones prescriptivas de diferentes órdenes jurídicos y como ellos deben ser interpretados.

Por otro lado, caracterizar el pluralismo en un sentido clásico hoy resulta cuando menos insuficiente. Si bien es cierto que el "derecho estatal" es una creación propia del desarrollo institucional de occidente, también lo es que la existencia la noción de un derecho global hace que la dicotomía derecho estatal/no estatal no alcance para explicar la realidad que nos toca vivir. Desde un punto de vista comparado entiendo que hay decaimiento del sistema de familias jurídicas que sirvieron de base para el concepto de pluralismo jurídico, a la vez que cobra más importancia el concepto de convergencia de sistemas.

De lo explicado anteriormente se desprende que resultará cuando menos incompleto conceptualizar esta corriente en términos de derechos centrales y derechos indígenas. Existen dos argumentos para sostener esta posición. Por un lado, la existencia de estudios sobre derecho no estatal, más

[55] Erikson, Lars, "Tendencias conflictivas en el derecho moderno", Arnio, Aulis; Garzón Valdéz, Ernesto y Uusitalo, Jyrky (comps.) *La normatividad del derecho*, Ed. Gedisa, Bacerlona, 1997, pp. 113-125.

[56] Durante los años ochenta y noventa varias constituciones de A. Latina aceptaron el respeto de la identidad cultural de sus pueblos originarios (Colombia en 1991, Perú en 1993, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998, Argentina en 1994, Brasil en 1998, Guatemala en 1985 y Paraguay en 1992).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

allá del derecho de las culturas indígenas, cuestión que se presenta sobre todo en los países europeos muestra un giro en la tendencia de los estudios sobre multiplicidad de sistemas legales. Por otro lado, la expansión de fuentes del derecho a fuentes no tradicionales, como ha ocurrido en América Latina con la recepción constitucional de los legados de los pueblos originarios, conlleva la necesaria reformulación de los mecanismos de razonamiento jurídico. Esta recepción implica un policentrismo de fuentes jurídicas que necesitará ser armonizado en función de los intereses a partir de los cuales fueron concebidos.

Pareciera entonces que hoy ya no resulta tan relevante la distinción entre un pluralismo jurídico radical y un pluralismo jurídico suave que concede cierta interacción con el derecho estatal. Los estados occidentales ya no son los que colonizan otras sociedades, por el contrario, los resultados de los procesos de colonización han alcanzado a los colonizadores.

Encuentro además que los estudios sobre pluralismo se acercarán bastante a los estudios sobre cultura legal.[57] Una teoría de la pluralidad legal debe poder explicar las condiciones para adoptar un concepto de legalidad en un momento determinado. Asimismo, debe tener en cuenta la subjetividad de los operadores jurídicos respecto de los subsistemas legales en una sociedad de acuerdo a los valores vigentes en la misma.

Creo que la contribución del pluralismo jurídico radica en ayudar a comprender los subsistemas que en alguna oportunidad pueden entrar en conflicto con el sistema estatal. La comprensión de estos sistemas permitirá elaborar reglas de interpretación que permitan armonizar los niveles de lenguaje de diferentes culturas. La compresión de los mismos permite encontrar puntos básicos que contribuyen desarrollar nuevos conceptos legales que contengan elementos de ambas culturas.

Por otro lado, creo que el pluralismo tiene un papel importante en una reformulación de las teorías de las fuentes del derecho, de manera tal que resulte más funcional —explicativa y orientativa— de una nueva realidad

[57] La cultura legal ha sido entendida como: "Aquellos comportamientos que refieren a la naturaleza derecho, y a la estructura y funcionamiento del sistema legal, los cuales se encuentran arraigados históricamente en una sociedad". Véase, Merryman, John H. y Clark, David S., *Comparative law: Western European and Latin American legal systems*., New York, Bobs and Merril, 1978. También ha sido conceptualizada como: *"el marco de intangibles según el cual una comunidad realiza sus interpretaciones, dotándola de* fuerza normativa y que en el largo plazo determina la identidad de esa comunidad". Véase, Anthony Ogus, "The Economic Basis of Legal Culture: Network and Monopolization", *Oxford Journal of Legal Studies, vol.* 22, 2002, pp. 419-434. Véase además, Garoupa, Nuno y Ogus, Anthony,""A Strategic Interpretation of Legal Transplants", *CEPR Discussion Paper* No. 4123 (2003), disponible en http://ssrn.com/abstract=480744.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

posmoderna. Una visión plural del derecho expresa que no es una realidad para ser contemplada y descripta, sino que requiere del saber prudente que lo vaya determinando en función de circunstancias históricas cambiantes, y además, para que esa determinación sea propiamente humana y al servicio de la sociedad y sus integrantes se requiere que resulte de un discurso dialógico argumentativo.[58]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de hacer mérito de esta particular dimensión fáctica con proyecciones jurídicas. Se lee en el voto conjunto de los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli:

> El derecho de propiedad de los pueblos indígenas comprende el uso y goce efectivo de las mismas, pues lo contrario implicaría privarlos de practicar, conservar y revitalizar las costumbres culturales que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria, todo lo que otorga al derecho de propiedad comunal una dimensión cultural".[59]

Esta idea pareciera subyacer en lo que se denomina "Jurisprudencia de la diferencia" la cual favorece el estudio de las diferentes nociones de "derecho" en diferentes grupos y clases de una misma sociedad. Esta propuesta ha de gran utilidad en Europa a la hora de comprender los cambios que ha enfrentado la sociedad europea a partir los procesos migratorios de los últimos veinte años.[60] Los estudios sobre la coexistencia de sistemas normativos deben partir de la idea de una sociedad global con diferentes subsistemas.[61]

Claro que este proceso interpretativo de nuevos conceptos no implica aceptar una identidad entre unidad cultural y unidad institucional. Las culturas deben coexistir en un marco de respeto mutuo y que están dados por la democracia constitucional.[62]

[58] Vigo, Rodolfo, "Argumentación Constitucional", *Suplemento Jurisprudencia Argentina* del 12/8/2009.

[59] *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Estado de Nicaragua*, sent. del 31/8/2001, publ. en LL 2003 C-290.

[60] Cotterrell, Roger. "Comparative Law and legal culture", Reiman, Mathias y Zimmermann Reinhard (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 709- 738.

[61] Chiba, Masaji. "Other Phases of Legal Pluralism in contemporary World", *op. cit*, p. 237.

[62] Comanducci. Paolo "La irrelevancia moral de la diversidad cultural", *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 30, 2007, pp. 89-94.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

VII. El pluralismo jurídico en la práctica. Un caso paradigmático

Una aplicación de los conceptos teóricos desarrollados a lo largo de estas páginas pueden ponerse en práctica a través del análisis de una decisión desarrollada por el Superior Tribunal de la Provincia de Salta, en la República Argentina.[63] En esta sentencia existió un voto mayoritario y una disidencia cuidadosamente articulada.

El referido precedente abordó el procesamiento penal de un integrante de la comunidad "Misión Wichi" de la provincia de Salta, que resultara acusado por la violación de la hija de su concubina, de nueve años. El tribunal decidió por mayoría que la Cámara (tribunal de apelaciones) no había hecho mérito suficiente de la identidad cultural del imputado en relación a la acción tipificante del delito contenido en art. 72 del Código Penal de la República Argentina.[64] En el voto mayoritario se expresó:

[63] Sup. Trib Salta, 29/09/2006 en la causa R,J.F disponible en http://www.justiciasalta.gov.ar/jurisprudencia-salta.php (visitada por última vez el 9/01/12) El principio de identidad cultural en la Argentina está receptado en el art. 75 inc 17 de la Constitución Nacional de la República Argentina . En dicho artículo se establecen entre las competencias del Congreso "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos,…Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos…. "Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones". Para una discusión acerca de la aplicación del principio de identidad cultural al precedente citado puede verse: Cianciardo, Juan, "Los Derechos de los Pueblos Originarios Argentinos", Suplemento Jurisprudencia Argentina de 21/12/2011.

[64] Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1°. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.-

2°. Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.-

3°. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.-

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.-

Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de éstos y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél".-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> El deber de motivación de las resoluciones judiciales exige que el juez efectúe una evaluación completa de la multiplicidad de datos existentes en la causa acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado. El procesamiento debe basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos y cada uno de los componentes del delito, y no sólo de los que hacen a su tipicidad. Los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta". (Del voto de los Dres. Silisque, Ayala, Posadas).

Por su parte la Dra. Garros Martínez desarrolló su pormenorizada disidencia en base a los siguientes argumentos:

> Desde tal punto de vista, la demandada no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen, y mucho menos cuando una decisión en tal sentido tendría como consecuencia el desconocimiento de otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso.
>
> El acceso carnal a menores, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuestos consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (arts. 5 y 11 Pacto SJCR, 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que no deben dejar de aplicarse por la circunstancia de que ambos -víctima y procesado- pertenecen a la etnia wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (arts. 24 Pacto SJCR, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/Discriminación, y 16 de la C.N. y C.P.). La atención debida a la diversidad cultural constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional, sin embargo, la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Si bien es importante la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, debe rechazarse con firmeza las distorsiones del llamado "Relativismo Cultural."
>
> La no aplicación de esta norma –art. 72 del CP- no implicaría el respeto a su cultura sino, por el contrario, la desvalorización discriminatoria de la misma al constituir un modo de impedimento al acceso a condiciones de progreso del grupo al que pertenece, única finalidad que podría justificar el reconocimiento de un "derecho distinto" (art. 1.4 de la Convención citada). No resulta procedente la alegación de inimputabili-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> dad si el acusado integra una comunidad que tiene una fluida comunicación con la cultura que la circunda y, además, el imputado durante parte de su vida se ha integrado al sistema educativo de esa cultura. (Del voto de la Dra. Garros Martínez).

En el caso resulta clara la existencia de dos sistemas normativos. El derecho estatal criminaliza la acción realizada por el acusado, mientras que la misma conducta es aceptada como natural en la tradición indígena de la cual proviene.

El fallo puede calificarse en la terminología de Griffiths un caso de pluralismo jurídico débil, pues el sistema estatal ya contempla -en estructura jerárquica de normas -, la obligación de considerar la tradición cultural del pueblo originario. Vale mencionar la tradición cultural se considera un hecho mas no un derecho, en ningún momento se menciona como integrar un sistema de normas indígenas al sistema de derecho penal argentino. En tal sentido, las ponderaciones de derecho que se hacen son entre normas del sistema argentino, incluso aquella que sirve de reenvío que se fundamenta para la consideración de la tradición aborigen.

Se observa en la terminología de Chiba, la insuficiencia de la dicotomía sistema estatal/sistema no estatal debiendo agregarse el derecho transnacional. Es a través de este último que surge la obligación para el derecho estatal de considerar la validez de la cultura y práctica legal.

El rol de los jueces es decisivo a la hora de mostrar la integración y los límites de la misma entre dos realidades sistemas culturales y legales completamente diferentes. Un detalle no menor resulta del voto de la disidencia al indicar que: *"el imputado ha tenido fluida comunicación con la cultura que lo circunda y se ha integrado al sistema educativo de esa cultura"*. Esta afirmación denota la subordinación jerárquica del sistema cultural indígena al sistema de reglas del estado positivo argentino. Por otro lado vale pensar ¿Cuál ha sido el grado de fusión que la cultura ha tenido con la tradición occidental? ¿Existe una la llamada pluralidad de sistemas normativos? Más allá de cuál sea la decisión que consideremos adoptada el razonamiento judicial de ponderación y el principio de proporcionalidad aparecen como los criterios que permiten la solución de conflictos.

El argumento dirimente en la disidencia puede encontrarse en la reacción frente al denominado "relativismo cultural". El límite aquí se encuentra en el estado constitucional de derecho, el cual es una creación de los sistemas occidentales pero no que difícilmente pueda basarse en el derecho estatal sino más bien en el derecho transnacional.

VIII. Conclusiones

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

El origen del pluralismo jurídico como teoría que explicaba la dicotomía entre derecho central y derechos periféricos hoy parece no ser suficiente frente a nuevas situaciones de coexistencia de sistemas normativos dentro de los propios sistemas jurídicos occidentales.

A partir de allí el pluralismo debe redefinirse y decidir si enfatizan los patrones de ordenamiento social concreto, aquello a lo que la sociedad normalmente realiza-; o se centran en la identificación institución y ejecución de las normas.

La contribución del pluralismo jurídico radica en ayudar a comprender los subsistemas que en alguna oportunidad pueden entrar en conflicto con el sistema estatal. La comprensión de estos sistemas permitirá elaborar reglas de interpretación que permitan armonizar los niveles de lenguaje de diferentes culturas. La compresión de los mismos permite encontrar puntos básicos que contribuyen desarrollar nuevos conceptos legales que contengan elementos de ambas culturas.

En tal sentido la función del pluralismo es de conceptualización y comparación de sistemas diferentes desarrollando mecanismos que permitan armonizar diferentes niveles de lenguaje y lograr de intentar armonizar los mismos facilitando los procesos de comunicación.

Aun cuando no fue tratado en este trabajo, no puede pasarse por alto que el pluralismo como teoría requiere como toda teoría normativa de alguna apoyatura meta-ética que permita articular los valores de las distintas estructuras sociales afectadas. Por otro lado, las observaciones etnográficas deben servir como punto de partida para realizar estudios de campo dentro de las propias tradiciones occidentales. Otro campo de estudios posibles dentro del pluralismo es la relación entre el lenguaje y los diferentes sistemas de normas. Este último tipo de trabajos resulta fundamental más allá de su interés teórico por la aplicación práctica que puede tener a la hora de ponderar derechos en conflicto de diferentes sistemas normativos.

IX. Bibliografía

Bix, Brian. "Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho", *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26 (2003).

Chiba, Masaji, "Other Phases of Legal Pluralism in the contemporary World", *Ratio Juris,* vol. 5, núm. 3, 1998.

Cianciardo, Juan, "Los Derechos de los Pueblos Originarios Argentinos", Suplemento Jurisprudencia Argentina de 21/12/2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

COMANDUCCI, Paolo, "La irrelevancia moral de la diversidad cultural", *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 30, 2007.

COTTERRELL, Roger. "Comparative Law and legal culture", Reiman, Mathias y Zimmermann Reinhard (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

DUPRET, Baduoin, "Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: teorías críticas y reespecificación praxiológica", *European Journal of Legal Studies*, Issue Disponible en www.ejls.eu/1/14ES.pdf , visitada por última vez el 9 de enero de 2012.

ELRICH, Eugene, *Fundamental Principles of the Sociology of Law,* Cambridge, Harvard

ERIKSON, Lars, "Tendencias conflictivas en el derecho moderno", en Arnio, Aulis; Garzón Valdéz, Ernesto y Uusitalo, Jyrky (comps.) *La normatividad del derecho*, Ed. Gedisa, Bacerlona, 1997.

GARUPA, Nuno y OGUS Anthony "A Strategic Interpretation of Legal Transplants", *CEPR Discussion Paper No. 4123* (2003), disponible en http://ssrn.com/abstract=480744.

GRIFFITHS, John, "What is Legal Pluralism", *Journal of legal Pluralism*, vol. 24, 1984.

HADFIELD, Guillian, "Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law", *Journal of Comparative Economics,* vol. 36.

LUHMAN, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

MALINOWSKY, Bronislaw, *Crime and Custom In Savage Society*, London, Routledge, 1926.

MERRY, Sally Engle, "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, vol. 22, núm. 5, 1988.

MOORE, Sally, "Law and Social Change: The semiautonomous social field as an appropriate subject of study", *Law & Society Review*, vol. 7, núm. 4, 1973.

NELKEN, David, "Legal Pluralism, Privatization of Law and Multiculturalism": Eugen Ehrlich, Living Law, and plural legalities", *Theoretical Inquiries in Law*, July 2008.

OGUS, Anthony "The Economic Basis of Legal Culture: Network and Monopolization", *Oxford Journal of Legal Studies, vol.* 22, 2002).

PATERSON, John, "Reflecting on reflexive law", King, Michael & Thornhill Chris (ed.) *Luhman on Law and Politics*, Oxford, Hart Publishing.

POSPISIL, Leopold, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York,Harper & Row, 1971.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

SAMUELSON, Larry, *Evolutionary Games and Equilibrium Selection,* The MIT Press, Cambridge Massachussets, 1997.

SIERRA, María Teresa y Chenaut Victoria, "Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: Las corrientes anglosajonas", Krot, Esteban (ed.) *Antropología jurídica: Perspectivas socio culturales en el estudio del derecho*, Editorial Antrophos, Barcelona, 2002.

SOUSA SANTOS, Bonaventura de, "Law: a map of misreading: Toward a post-modern concept of Law", *Journal of Law and Society*, vol. 14, núm. 3, 1987.

_____, *Reinventar la democracia, Reinventar el estado*, Sequitur, Madrid, 1999.

_____, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Londres, 1995.

TAMAHANA Brian, "A non Essentialist Version of legal pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 27, núm. 2, 2000.

_____, "A Vision of Social Legal change: Rescuing Ehrlich from 'Living Law'", *Law & Social Inquiry, vol.* 36, núm. 1, 2011.

_____, "The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, vol. 20, núm. 2, 1993.

TEUBNER, Gunter, "Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg", *Law and Society Review,* vol. 18, núm. 2, 1984.

_____, "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems", *The American Journal of comparative Law*, vol 45, núm. 1, 1997.

_____, "Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism". *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992.

VANDERLINDEN, Jacques, "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", *Revue de la Recherche Juridíque*, vol. 2, 1993.

VÁZQUEZ, Gabriela, "La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. A propósito de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009." *Suplemento Jurisprudencia Argentina* de 25/11/2009.

VIGO, Rodolfo, "Argumentación Constitucional", *Suplemento Jurisprudencia Argentina* del 12/8/2009.

WATSON, Alan, *The evolution of Law,* The John Hopkins University Press, Baltimore, 1985.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Capítulo 22
INFORMÁTICA JURÍDICA

Ricardo A. Guibourg*

"Como una computadora, el juez también está programado"
"Cada Juez es un transductor complejo"[1]

Sumario: I. *Por qué hablar de informática jurídica.* II. *La informática y su introducción en el derecho.* III. *Las condiciones de la informática jurídica.* IV. *Deshumanización o clarificación.* V. *Entre el arte y la exactitud.* VI. *Más acá de la utopía informática.* VII. *Misterio humano, demasiado humano.* VIII. *La vía del análisis de criterios.* IX. *Un camino ya iniciado: conclusión.* X. *Bibliografía.*

I. Por qué hablar de informática jurídica

La informática en general (y la jurídica[2] dentro de ella) versa sobre el registro, la recuperación, el manejo y la transformación de la información, especialmente cuando se lo hace por medios electrónicos. La filosofía del derecho, por su parte, contiene reflexiones acerca del concepto de derecho, la controvertida estructura del fenómeno jurídico, el modo de relacionarlo con la realidad social y, según muchos, la manera de vincular los temas anteriores con el arte de distinguir lo bueno de lo malo y lo justo de lo injusto. En la superficie, se trata de campos del pensamiento completamente

* Profesor de la Universidad de Buenos Aires (Argentina)

[1] Lawlor, Reed C., "Use of computers to predict appellate court decisions", *Law an Computer Technology*, mayo de 1968, p. 12.

[2] Es importante no confundir la informática jurídica, que se refiere a los métodos informáticos aplicados al campo del derecho, con el derecho informático, que es el estudio de los problemas jurídicos y normas reguladoras relativos a la incorporación de la informática en la vida social. Para facilitar esta distinción, conviene recordar que no es lo mismo ser el abogado de un médico que el médico de un abogado.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 791-823.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

diferentes; pero, si se profundiza el análisis de los conceptos, empiezan a aparecer entre ellos vínculos muy significativos.

Uno de esos vínculos se manifiesta en la parte más abstracta del marco teórico. La informática suele plantearse como indisolublemente relacionada con el empleo de computadoras, pero una mirada más amplia podría revelar que estas máquinas son parte de los últimos desarrollos tecnológicos en el manejo de la información: antes que ellos aparecieran, ya disfrutábamos técnicas informáticas en sentido lato, como los tomos e índices de repertorios de leyes y jurisprudencia, los ficheros, los expedientes (ese invento tradicional y utilísimo que mantiene encuadernados y en cierto orden los escritos y demás referencias relacionados con un mismo proceso o asunto), la imprenta, verdadera revolución en el tratamiento y la transmisión de la palabra, e incluso la escritura, técnica que permitió una conservación de la memoria incomparablemente más perfecta que la que se estilaba en la tradición oral. Si se considera la técnica en perspectiva histórica, la Ley de las Doce Tablas podría identificarse como un gran hito en la informática jurídica occidental: un cambio que inauguró el camino, tantas veces recorrido hacia delante y hacia atrás, de la democratización del derecho pero en su momento consistió en el simple hecho de poner las palabras de la ley a disposición de quien quisiese leerlas.

En la otra cara de la comparación, conviene advertir que lo único que nos es dado es el contenido de nuestras sensaciones, que son información en el estado más bruto posible. Para desarrollar nuestro pensamiento es indispensable cumplir varias etapas de elaboración: relacionar las sensaciones para convertirlas en percepciones, identificar y delimitar los objetos percibidos de acuerdo con nuestra mirada (que no es otra cosa que la atención dirigida a un segmento de lo que vemos), clasificar los objetos previamente delimitados y, a partir de allí, ascender por una interminable escalera de grados sucesivos de abstracción que, unidos a las sensaciones por un vínculo cada vez más lejano y tenue, pero siempre subsistente, nos habilitan para hablar de la realidad, entender el modo de ponerla a nuestro servicio y debatir entre nosotros una multitud de pareceres y opiniones. Todo este andamiaje teórico, producto de la elaboración humana a lo largo de los siglos, constituye en sí mismo un complejo medio para organizar la información básica que nos es dada y convertirla en conceptos, hipótesis, ideologías y propósitos.[3] Una parte de tal construcción es lo

[3] *Cfr.* Guibourg, Ricardo A., *La construcción del pensamiento*, Colihue, Buenos Aires, 2006, capítulo III.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que llamamos derecho, aunque a veces no estemos de acuerdo acerca de la manera de identificar ese segmento ni de construir su estructura teórica. Desde este punto de vista dotado de una perspectiva muy amplia, la informática, la filosofía en general y los vínculos de una y otra con el ámbito jurídico parecen distintas variantes y enfoques de un mismo fenómeno: el tratamiento de la información dirigido a la satisfacción de nuestros objetivos.

Es posible, desde luego, objetar que casi nunca nuestro pensamiento se remonta hasta una altura desde donde puedan divisarse aquellas semejanzas y que nuestros intereses inmediatos son el conocimiento y la aplicación del derecho, acaso con la ayuda de computadoras.

Aun en este nivel menos abstracto, la relación entre los dos campos de pensamiento es más intensa de lo que suele pensarse. El uso de los ordenadores (con su requisito, la elaboración de programas) tiene condiciones muy estrictas: la máquina depende de criterios exactos y no es capaz de comprender instrucciones vagas ni metafóricas.[4] El pensamiento jurídico, en cambio, viene transitando desde siempre un camino distinto, lleno de conceptos como justicia, razonabilidad, abuso, discreción, casuismo, ponderación y otros igualmente vagos cuyo contenido se halla sujeto en la práctica a decisiones humanas, subjetivas y por lo tanto controvertibles. La informática, aun en su aspecto más pedestre, se convierte de este modo en un desafío para los abogados, jueces y juristas: la máquina está en condiciones de hacer casi cualquier cosa que le pidamos, pero ¿estamos nosotros en condiciones de pedirle lo que queremos de un modo que la máquina sea capaz de procesar? La obvia respuesta negativa a esa pregunta se convierte en un impulso para la transformación de la técnica jurídica; no de la técnica electrónica, sino de la que anida en nuestros muy humanos cerebros. Esta razón, más aún que la expresada al principio, es la que atribuye gran importancia al conocimiento de la informática jurídica en el marco de la filosofía del derecho. Por ese motivo, este capítulo tratará de modo sintético los aspectos puramente tecnológicos del tema —sujetos a constantes cambios— para poner el acento en su influencia sobre la concepción misma de la práctica jurídica.

[4] Necesita condiciones que pueden llamarse *estímulos predeterminados* y *consecuencias estereotipadas*. Véase, Guibourg, Ricardo A., "La justicia y la máquina", *La Ley*, Buenos Aires, 1973, pp. 150-994.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

II. La informática y su introducción en el derecho

1. *La evolución de las máquinas*

Un escritor de origen holandés, Hendrik van Loon, señaló hace muchos años que los avances técnicos del hombre pueden verse como prolongaciones del cuerpo humano. Así, el pie se extiende al carro, a la bicicleta, al ferrocarril, al automóvil y al avión; la mano, a la grúa o a la excavadora mecánica; la piel se proyecta en la vivienda, el ojo, en el microscopio y en el telescopio.[5] Ahora podemos extrapolar esas comparaciones: el cerebro se ve prolongado en las actuales *máquinas de pensar*.[6]

Estas máquinas pueden rastrearse muy atrás en el pasado. El ábaco con el que los niños aprendían a contar (y con el que los chinos hacen complejos cálculos) tiene un rudimento de memoria: las bolillas que quedan a un lado son las que ya hemos sumado, y permanecen a la vista para que, volviendo a contarlas, averigüemos el total de la suma. En el siglo XVI, Muhammad Ibn Musa al-Khwarizmi descubrió un método para resolver problemas de álgebra. De allí proviene la palabra "algoritmo". En el siglo siguiente apareció la regla de cálculo, instrumento sencillo que los ingenieros empleaban hasta la aparición de las calculadoras portátiles, en el último cuarto del siglo XX.

En 1641, Blas Pascal, que por entonces contaba con diecinueve años, construyó la primera máquina de sumar, la *Pascaline*, fundada en el movimiento de ruedas combinadas de tal modo que una vuelta completa de cada una de ellas hiciese girar la anterior en un décimo de vuelta. Leibniz, a partir de 1671, intentó construir una máquina de multiplicar. En 1801 el francés Joseph-Marie Jacquard creó un telar capaz de tejer automáticamente distintos dibujos, según las instrucciones contenidas en una tarjeta perforada, con lo que se convirtió en precursor de la memoria programable a la vez que su apellido quedaba asociado hasta hoy a cierta clase de tejido. Su experiencia fue retomada en 1834 por el inglés Charles Babbage: él proyectó una *máquina analítica* que podría resolver problemas matemáticos de acuerdo con el programa de las tarjetas perforadas pero, además, re-

[5] Loon, Hendrik van, *Historia de las invenciones*, Acme Agency, Buenos Aires, 1945.

[6] *Cfr.* Guarinoni, Ricardo V., y Guibourg, Ricardo A., "Nuevos enfoques metodológicos: ciencia, cibernética y sistema", UBA XXI, *Introducción al conocimiento científico,* Eudeba, Buenos Aires, 1987, pp. 199 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

troalimentarse con las soluciones obtenidas para resolver a partir de ellas problemas más complejos. El aparato nunca se construyó físicamente, pero la idea sirvió de base para la construcción de computadoras, cuando las piezas mecánicas imaginadas por Babbage pudieron reemplazarse por otras electrónicas. Eso sucedió entre 1939 y 1941, cuando el norteamericano Howard Aiken proyectó un *computador universal* compuesto por relés electromagnéticos. La máquina se llamó Mark I y era capaz de concluir una sencilla operación matemática en tres décimas de segundo. En 1946 los relés fueron sustituidos por válvulas electrónicas (como las de las antiguas radios): las máquinas ya no dependían del movimiento de interruptores electromecánicos, sino del flujo de electrones, y la velocidad de respuesta se medía ya en milésimas de segundo. El prototipo ENIAC (*Electronic Numerical Integrator and Computer*) pesaba treinta toneladas y generaba tanto calor que requería un sistema de refrigeración tan grande como él. Pero la evolución no se detuvo nunca: llegaron la fabricación en serie, el cambio de las válvulas por transistores y de estos últimos por circuitos integrados; la difusión universal de las computadoras personales y el desarrollo de los microchips. El nivel de integración fue elevándose de modo exponencial y hoy en día disponemos de computadoras portátiles cuya velocidad de respuesta se mide en ínfimas fracciones de microsegundo y cuya capacidad de cálculo no habría sido siquiera imaginada apenas veinte años atrás.

2. *Inteligencia natural, inteligencia artificial*

En algún momento de esa evolución, se introdujo en nuestro lenguaje una expresión inquietante: "inteligencia artificial". Es inquietante, en la superficie de nuestra mente, porque evoca en nosotros oscuros temores ilustrados con historietas o filmes de antaño, en los que los robots malignos intentaban destruir la Tierra y esclavizar al hombre hasta que eran vencidos por un héroe inevitablemente hecho de carne y hueso. En un nivel más profundo, también porque el hombre es un animal tan celoso de su prestigio autorreferente que trata de reservar para sí el privilegio de lo que pueda llamarse inteligencia, aun a costa de negar esa condición a perros, caballos, delfines y otros animales que indudablemente son capaces de pensar y de sentir, aunque a su manera. Abordemos, pues, el problema desde su vertiente menos dolorosa, que es la de las máquinas.

En general, se entiende por inteligencia artificial la capacidad de un sistema informático (*hardware* más *software*) para reproducir, imitar o ejercer alguna de las funciones que suelen atribuirse a la inteligencia humana. ¿Cuál función? He ahí la fuente de las divergencias. Con la discrecionali-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

dad propia de las clasificaciones y de las enumeraciones, es posible identificar tres acepciones (o *subacepciones*) del concepto: una débil, otra mediana y una última fuerte.

Los menos exigentes llaman inteligencia artificial a cualquier operación que no parezca demasiado rutinaria: la búsqueda de una información entre muchas otras a partir de varios datos no relacionados entre sí, la simulación de un diálogo con el operador mediante un sistema complejo de opciones son ejemplos de inteligencia artificial en esta primera línea de pensamiento, en nuestros tiempos prácticamente abandonada.

Otros utilizan la expresión para designar cualquier programa capaz de almacenar numerosos datos de una determinada especialidad del conocimiento y presentarlos, frente a una consulta, aproximadamente como lo haría un experto humano. Por eso es habitual llamarlos *sistemas expertos*. En este sentido se atribuye inteligencia artificial a los sistemas expertos en medicina (como los que acercan un diagnóstico a partir de los signos y síntomas que se les relatan), en geología (capaces de extraer conclusiones acerca de la estructura del suelo – y hasta de indicar la probable existencia de petróleo – a partir del análisis de fragmentos de roca) o en ingeniería (por ejemplo, los que practican cálculos de hormigón armado).

Pero en la actualidad es cada vez más común el uso de la acepción más exigente: la que reserva el nombre de inteligencia artificial para los sistemas capaces de *aprender de la realidad*, mediante el procedimiento del ensayo y el error. Tales sistemas no dependen enteramente de la fijación de pautas por el hombre: una vez establecido un objetivo e introducidos algunos parámetros acerca del tipo de procedimientos admisibles para alcanzarlo, el programa intenta distintos caminos o combinaciones de caminos, retiene los que dan mejor resultado y desecha los que se demuestran inútiles. De un sistema así es posible afirmar, en alguna medida, que *investiga por su cuenta* y pone en práctica los resultados obtenidos.[7]

[7] Ya en la década de 1980 se describía la inteligencia artificial como la "disciplina que estudia los métodos y las técnicas para que ciertos dispositivos (p. ej. computadores) puedan desarrollar comportamientos basados en el aprendizaje (capacidad para generar relaciones entre conceptos y transferirlas a nuevas situaciones). La inteligencia artificial se ha desarrollado a través del trabajo en resolución de problemas, reconocimiento de configuraciones y entendimiento del lenguaje natural" (Saroka, Raúl H., y Tesoro, José L., *Glosario de Informática, Contabilidad Moderna*, Buenos Aires, 1984, pp. 127 y 128). En nuestros días es posible proponer un ejemplo que ya damos por sentado: el sistema procesador de textos detecta por sí solo en qué idioma estamos escribiendo y ajusta sus propuestas de corrección a las reglas gramaticales de ese idioma. Si entonces cambiamos de lengua, marca las nuevas palabras como erróneas hasta que "se da cuenta" del cambio y se adapta a la nueva modalidad,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

En este punto se interpone casi siempre el prurito antropocéntrico según el cual las máquinas no *piensan*. En la década de 1970 se afirmaba, en apoyo de esta tesis, que una computadora jamás podría escribir un poema ni jugar aceptablemente al ajedrez, pero en esos mismos años aparecieron poemas escritos por computadoras y ya en 1996 un ordenador, llamado *Deep Blue*, le ganó una partida al campeón mundial de ajedrez Garry Kasparov. En nuestros días está avanzando un proyecto internacional, llamado *Blue Brain*, que propone una "ingeniería inversa" del cerebro: en lugar de construir máquinas que poco a poco se acerquen a las funciones cerebrales, investigar y deconstruir las funciones cerebrales para reproducirlas artificialmente. Según parece, ya han llegado al nivel del cerebro de la rata y siguen en pos del nivel del gato y, luego, del primate.[8]

Si se contempla el debate sobre el pensamiento de las máquinas con alguna perspectiva histórica, es posible advertir un parecido con la negativa del pensamiento de los animales (de los que, contra toda verificación, se dice que no razonan y solo actúan "por instinto"), la tardía admisión por los teólogos del *alma inmortal* de las mujeres y el largo período en el que los pueblos originarios americanos, y después los africanos, fueron tenidos por infrahumanos.

Si la cuestión se examina desde una perspectiva amplia, los límites de la inteligencia artificial pierden dramaticidad al advertirse que constituyen matices de un continuo. En efecto, las funciones del ordenador consisten en recibir datos (traducidos en última instancia al *lenguaje absoluto* que rige el funcionamiento de los circuitos), almacenarlos, compararlos y presentar los resultados de esa comparación, retraducidos a un lenguaje comprensible para el operador o usuario. La comparación meollo de la actividad descripta, no es otra cosa que un *juicio*. Este juicio puede ser sencillo y sujeto a reglas muy bien conocidas, como "cinco es mayor que cuatro"; en tal caso su formulación nos parece un simple cálculo. Si la estructura del juicio se hace más complicada, y especialmente si no estamos habituados a analizar y a hacer explícitas las reglas que lo rigen, la función de la máquina empieza a parecernos más misteriosa (para nosotros, no para el programador que conoce exactamente los pasos que ha encomendado a la computadora). Si las instrucciones que se dan al ordenador son sabiamente generales, diseñadas para que de ellas y de otros datos de orden fáctico el sistema induzca las reglas que han de presidir su juicio en ciertos casos futuros, nos maravillamos ante la *capacidad de aprendizaje* del ordenador. Pero todo es cuestión

eliminando retroactivamente las observaciones formuladas durante su período de "incertidumbre".

[8] *Cfr.* "El Proyecto Blue Brain" (http://bluebrain.epfl.ch/) acceso 2/5/2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

de la mayor o menor complejidad o generalidad de las instrucciones: en el fondo siempre se cumple la misma función, aunque se la repita miles de veces y se la combine de diferentes y sucesivas maneras.

Si nuestra comprensión (que es también autocomprensión) llega a este punto, empezamos a advertir que la inteligencia es un continuo en el que el ser humano figura rodeado de otros entes que participan en él de distinta manera (perros, moscas, amebas, computadoras) y que el orgullo de creernos los únicos entes "inteligentes" del universo se fundan más en una mezcla de antropocentrismo y religión que en una definición desapasionadamente útil de la palabra en cuestión.[9]

3. *A la conquista del derecho*

El perfeccionamiento (y abaratamiento) del *hardware*, como se llama al soporte físico encargado de ejecutar los programas *(software)* introdujo la informática en todas las actividades humanas, hasta tal punto que los niños asisten al colegio provistos de un teléfono portátil que es, en sí mismo, una computadora de notable potencia.

El mundo del derecho, de talante tradicionalmente conservador, recibió la novedad con cierto retraso pero de manera inevitable. El uso de ordenadores fue incorporándose por etapas que, a la vez, representan las funciones a desempeñar. Ellas pueden clasificarse en tres subespecies de la informática jurídica: la *documental*, la *de gestión* y la *decisoria*. En este aspecto, conviene dejar a salvo la relatividad de esta distinción; en primer lugar, porque toda clasificación tiene el valor que le asignemos en función de su utilidad teórica (que depende, a su vez, de la finalidad práctica que se persiga); pero también porque, como veremos, aquellas subespecies integran un continuo en el que es difícil trazar límites precisos.[10]

[9] Vale la pena recordar aquí que es común definir al ser humano como un animal racional. Asimov imaginó una divertida discusión jurídica entre dos robots, en la que ellos descubrían que la racionalidad de los robots es mucho mayor que la de los humanos (Asimov, Isaac, "¿Qué es el hombre?", *El hombre del Bicentenario*, Martínez Roca, Barcelona, 1978). Una aproximación de base religiosa reserva para el ser humano la posesión de un *alma*, pero esta palabra, en su origen probablemente destinada a señalar la función respiratoria (tomada por el latín *anima* del griego *anemós*, viento, y *atmós*, aire o vapor), parece durante la vida destinada a nombrar las funciones cerebrales: percepciones, razonamientos, sentimientos, propósitos).

[10] *Cfr.* Guibourg, Ricardo A., Alende, Jorge O., y Campanella, Elena M., *Manual de informática jurídica*, Ástrea, Buenos Aires, 1996, pp. 160 y ss.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La informática documental es la parte de la informática jurídica que persigue el almacenamiento de datos (leyes, decretos, resoluciones, fallos judiciales u otros documentos jurídicos, así como referencias acerca de ellos o información bibliográfica) y su clasificación de acuerdo con criterios apropiados para su recuperación rápida y oportuna. Tiende a cumplir por medios electrónicos lo que manualmente se hacía con tomos de legislación, repertorios de jurisprudencia u otras publicaciones de consulta, también dotadas de nomencladores e índices minuciosos. Esta es la primera manifestación de la informática jurídica, manifestada por la creación de grandes bases de datos, y fue bastante bien recibida por los operadores del derecho, que vieron en ella una ayuda valiosa. Hoy en día, el debate sobre métodos de clasificación y canales de búsqueda, que dominaba el pensamiento de los especialistas en las décadas de 1970 y 1980, se ha visto superado por la eficiencia de los buscadores automáticos en el ámbito de Internet.

La informática de gestión es el segmento de esta disciplina que busca elaborar nuevos datos a partir de los que se almacenan y presentarlos bajo una nueva forma a fin de cumplir necesidades o funciones jurídicas. Se trata aquí de realizar por medios informáticos lo que antes hacían manualmente los empleados de oficinas (estudios jurídicos, tribunales, registros, escribanías): esto es comparar datos, ordenarlos, anotar semejanzas y diferencias, computar plazos, hacer cálculos, emitir documentos y cumplir, en general actividades más o menos rutinarias pero que requieren una buena dosis de elaboración. La informática de gestión tardó bastante en incorporarse a las oficinas jurídicas privadas y fue objeto de notable resistencia en el ámbito judicial: los funcionarios de mayor experiencia la consideraban una complicación, no tenían deseos de aprender nuevos métodos y preferían los procedimientos manuales, que dominaban bien. Muchos magistrados, a su vez, desconfiaban de las computadoras en nombre del humanismo y, no sin mucho secreto, temían que un día las máquinas llegasen a desplazarlos o, en ciertos casos, a poner de manifiesto sus propias falencias. Casi todas las oficinas judiciales cuentan hoy en día con computadoras, pero las funciones asignadas a programas informáticos son muy desiguales: en algunos ámbitos se han desarrollado sistemas avanzados, en tanto otros emplean los ordenadores como poco más que máquinas de escribir perfeccionadas.

La informática decisoria, a su vez, es la etapa de la informática jurídica que procura proponer o adoptar soluciones apropiadas para casos concretos que se le planteen, valorando los datos de cada problema por comparación con los criterios de decisión que se le hayan provisto. En otras palabras, trata de hacer por medio del ordenador lo que con su cerebro han

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

hecho siempre los encargados de adoptar decisiones jurídicas, especialmente cuando se trata de resoluciones de rutina, sujetas a criterios uniformes y suficientemente conocidos. Esta versión de la informática jurídica, cuyos primeros antecedentes teóricos y experimentales se remontan a la década de 1970, permanece sin embargo en el limbo de las reflexiones teóricas y de los proyectos más o menos utópicos. Genera un rechazo generalizado entre los operadores jurídicos, que temen – con alguna razón – que los sistemas informáticos los destituyan de su jerarquía y consideración actuales y a la vez sostienen – con mucha menos razón – que cualquier idea de informática decisoria está destinada al fracaso por incapacidad de los sistemas de computación para considerar y valorar todas las circunstancias relevantes de cada situación.

Como se había adelantado, no debe creerse que cada una de aquellas divisiones de la informática jurídica se halle claramente separada de las otras: todas ellas buscan, en definitiva, cumplir una misma función, que consiste en recibir informaciones, elaborarlas de acuerdo con un programa y ofrecer al operador de derecho el producto de tal elaboración. Las diferencias, meramente cuantitativas, residen en el grado de complejidad de los criterios de elaboración contenidos en los programas. En la informática documental, la información se devuelve en la misma forma como fue recibida: la elaboración está principalmente destinada a facilitar la recuperación mediante canales de búsqueda adecuados a la práctica y a las necesidades del usuario. La informática de gestión modifica la información que se le proporciona y adopta acerca de ella numerosas decisiones (casi siempre bastante obvias, pero decisiones al fin) para ofrecer los resultados apetecidos. La informática decisoria, por su parte, hace germinar la semilla contenida en las etapas anteriores y, a partir de criterios de elaboración mucho más complicados, procura ofrecer soluciones que acaso nos parezcan controvertibles. Si tal controversia ha de plantearse – es preciso señalar este punto – ella debería centrarse en la inexactitud de la información inicial o en el desacuerdo acerca de los criterios de decisión establecidos: si el sistema funciona correctamente, la relación entre datos, criterios y solución es tan matemática como en las prestaciones de cualquier otra forma de informática, jurídica o extrajurídica.

Tal es, por cierto, la condición de cualquier cálculo matemático, presidido por un algoritmo: si el resultado no es satisfactorio, puede ser que hayamos empleado un algoritmo inadecuado o que los datos con los que iniciamos el cálculo fueran errados. A ningún matemático se le ocurre condenar en general el empleo de algoritmos. En cambio, abogados, jueces y

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

juristas tienen el hábito de criticar las matemáticas cada vez que están en desacuerdo con una solución numérica. Por qué sucede esto y qué grado de justificación ha de atribuirse a esta actitud será materia de análisis en adelante, porque estas preguntas guardan intensa relación con la utilidad teórica de la informática jurídica en el seno de la filosofía del derecho.

4. *El sistema binario y la pretensión de exactitud*

Si bien la computadora es una complicada máquina de pensar, conviene recordar que, en su origen y en última instancia, es una máquina de calcular. El secreto de su eficiencia reside en una alternativa tan sencilla como la que se encierra en la perilla de un velador: por cada uno de sus circuitos, una corriente eléctrica puede pasar o no pasar.[11]

En efecto, imaginemos una persona privada del habla, que solo tuviese a su alcance el interruptor de una lámpara. Si le formulamos una pregunta que pueda contestar por sí o por no, el interrogado encenderá la luz para afirmar y la apagará (o no la encenderá) para negar. Claro está que semejante lenguaje deja mucho que desear: las preguntas deben ser cuidadosamente escogidas para que las respuestas sean inequívocas y el operador de la perilla se ve impedido de contarnos por su propia iniciativa sus meditaciones metafísicas o la historia de su vida. La situación, empero, puede mejorarse algo si multiplicamos las lámparas y las perillas y convenimos un código en el que la cantidad y el orden de las lámparas encendidas o apagadas tengan asignados ciertos significados.

Cuanto mayor sea la cantidad de lámparas y cuanto más complejo sea el código, tanto mayor será la capacidad de comunicación de nuestro mudo interlocutor. Desde luego, a partir de cierto punto podemos hallar una solución muy satisfactoria: un número limitado de lámparas (cinco, para ser exactos) permitiría asignar a cada configuración el valor de una letra del alfabeto, y a partir de allí el hombre de las perillas podría expresar cuanto se le antojara dentro del amplísimo código lingüístico natural. Este modo de expresión también se halla al alcance de las máquinas; pero la fuente de lo que haya de expresarse o calcularse, que es el pensamiento, tiene para ellas una limitación: por complejo y versátil que sea su programa, por numerosas que sean las operaciones simultáneas de las que el ordenador sea capaz, en la base de cada decisión, expresión o cálculo tiene que haber

[11] *Cfr.* Guarinoni, Ricardo V., y Guibourg, Ricardo A., "Nuevos enfoques metodológicos: ciencia, cibernética y sistema", *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

también un número finito de alternativas que puedan responderse por sí o por no.

De este modo las computadoras reproducen, tanto en su comunicación con el hombre cuanto en su funcionamiento interno, el problema del hipotético mudo; pero la cantidad de combinaciones que contiene su código es tal que los resultados obtenidos nos hacen olvidar a menudo la sencilla alternativa que le sirve de base.

Lo dicho acerca de la comunicación se aplica también al cálculo lógico. El carácter binario de la lógica más difundida se halla en el origen de principios comúnmente aceptados, como los de no contradicción o tercero excluido. A partir de allí la lógica elabora otros conceptos más complejos para combinar y modificar proposiciones: la negación, la conjunción, la disyunción, el condicional (llamados constantes o conectivas lógicas).

En resumen, el hombre no sabe con exactitud cómo piensa (cuestión propia de la psicología), pero sí sabe cómo quiere pensar. Su imagen del razonamiento deseado, en su aspecto más extendido, se funda en una lógica bivalente; y el funcionamiento de una computadora depende, a su vez, de la formulación de un programa en términos que puedan traducirse a combinaciones de dos y solo dos estados: positivo y negativo. Por esto la máquina se ha convertido con tanta facilidad en una prolongación multiplicadora de la capacidad de razonamiento del hombre: no de su razonamiento real, que incluye virtudes y defectos extralógicos, sino de su razonamiento ideal, ajustado a un esquema binario o reductible a él. La computadora razona, pues, como el ser humano quiere él mismo razonar.

III. Las condiciones de la informática jurídica

En informática es ya tradicional hablar de *sistemas expertos.* El individuo capaz de llegar a una conclusión correcta o de adoptar una decisión apropiada es – o al menos debería ser – un experto. Un experto es alguien que domina cierta rama del conocimiento, de tal suerte que, dado un problema concreto, se halla en condiciones de aplicar a él sus conocimientos y criterios para extraer una solución adecuada. Una especie dentro del género de las soluciones es la de las respuestas normativas, diferentes de las informativas en que tienden directamente al cumplimiento de una conducta. Pero la estructura del razonamiento experto es aproximadamente la misma para ambos supuestos: siempre se trata de examinar los datos propuestos, ordenarlos en el panorama de la información preexistente, aplicar al todo los

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

criterios (de deducción, inducción o decisión) que formen parte de los métodos del experto y extraer de allí una conclusión congruente con los datos originales.[12]

En informática se denomina sistema experto al programa capaz de actuar, al menos en cierta medida, como un experto humano para la solución de determinados problemas.[13] Todo sistema experto depende, pues (tal como lo hace el humano) de dos factores: la *representación del conocimiento* y el *motor inferencial*.

El motor inferencial no es otra cosa que la lógica o el criterio de cálculo que permite pasar de las premisas a las conclusiones.[14] Para los sistemas normativos, en cierto nivel de cálculo, no basta con la lógica común: se ha desarrollado, a partir de ella, una lógica específica (normativa o deóntica) que busca dar cuenta de ciertas constantes normativas (obligación, prohibición, facultad, acción, omisión, delegación, etcétera).[15]

[12] *Cfr.* Guibourg, Ricardo A., Alende, Jorge O., y Campanella, Elena M., *Manual de informática jurídica*, *op. cit.*

[13] Un sistema experto debe "estar en condiciones de dar un consejo inteligente o de tomar una decisión inteligente" (*Cfr.* Martino, Antonio A., *Les systèmes experts juridiaues*, Florencia, Centro di Riproduzione e Stampa dell'IDG, 1987, p. 9). Para Biagioli y Fameli, "un sistema experto jurídico podría definirse como una serie de programas que permitan extraer inferencias válidas a partir de una base de datos jurídicos estructurados, siguiendo procedimientos que no han sido provistos *es ante* y justificando cada paso con la indicación de la regla aplicada; programas dotados de una interfaz hombre-máquina que facilite la introducción de reglas nuevas allí donde la base de conocimiento se muestre incompleta o desactualizada. En otras palabras, un sistema experto jurídico debe ser capaz de simular el razonamiento legal extrayendo conclusiones de las normas y deduciendo reglas generales de los precedentes" ("Expert systems in law: an international survey and a selected bibliography", *CCAI, The Journal for the Integrated Study of Artificial Intelligence, Cognitive Science and Applied Epistemology*, vol 4, núm. 4, 1987, p. 325).

[14] Esta es, desde luego, una caracterización aproximada. Un análisis más concreto de la estructura y de las dificultades del motor inferencial en los sistemas expertos legales puede hallarse en Martino, Antonio A., "Auxilio computacional a la legislación: ¿hacer leyes con las computadoras?", *Informática y Derecho*, vol. IV, p,. 92 y siguientes. Otras reflexiones acerca de la lógica apropiada para los sistemas expertos en el derecho pueden hallarse en Alchourrón, Carlos E., y Bulygin, Eugenio, "Limits of logic and legal reasoning", Martino, Antonio A. (ed.), *Expert Systems in Law*, North Holland, Amsterdam, 1992, p. 9.

[15] Un análisis pormenorizado de la lógica deóntica excedería los propósitos de este texto. Para profundizar en este tema es conveniente consultar los textos de Georg Henrik von Wright, el más conocido y básico de los cuales es *Norma y acción. Una investigación lógica* (Tecnos, Madrid, 1970). Un panorama elemental puede obtenerse en Echave, Delia T., Urquijo, María E., y Guibourg, Ricardo A., *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires, 1995, capítulos VII y siguientes. El libro de Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, constituye un insoslayable aporte a esta disciplina.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La representación del conocimiento, a su vez, es la técnica con la que se describe el segmento del universo que se desea manejar. La realidad geográfica puede describirse mediante mapas; la química con fórmulas, la económica con cifras y gráficos de curvas. ¿Y la jurídica? Los tratados de derecho emplean una forma de representación, pero es dudoso que esa técnica facilite la construcción de sistemas expertos no humanos, ya que emplea conceptos vagos, ideas implícitas y palabras con fuerte contenido emotivo. El texto mismo de las leyes adolece de defectos similares y requiere una constante tarea de interpretación, sin la cual el derecho no puede ser descripto. Podría decirse, pues, que la representación del conocimiento (que, en medida menos aparente pero igualmente real, se plantea en la informática documental y en la de gestión) es el problema básico de la informática jurídica y se centra en lo que puede llamarse la *formalización del razonamiento jurídico.*

Conviene recordar aquí que este problema se manifiesta en cada una de las etapas de la informática jurídica, pero con creciente dificultad. Mientras se trata de informática documental, el tema casi no se plantea, porque los documentos jurídicos tienen su propio texto y pueden ser archivados y reproducidos de la misma forma. Sin embargo, a menudo es preciso hacer de ellos sumarios o resúmenes para facilitar su búsqueda: allí alguien – normalmente un experto humano – ha de encargarse de la representación de ese conocimiento. Para hacerlo, debe adoptar algunas decisiones: qué documento escoger para su resumen y qué aspectos del contenido del texto merecen ser recogidos en el sumario. Estas actitudes (juicios de relevancia) son indispensables en cualquier caso en el que se desee trazar un modelo descriptivo de un segmento de la realidad; no son parte de la realidad misma, sino interpuestas por la voluntad del observador. Una vez adoptadas, el operador debe encontrar en su propio vocabulario las expresiones lingüísticas que hayan de servir para expresar el sumario: del acierto de esta etapa de la tarea depende que el texto resumido sea más o menos claro y más o menos útil para el usuario. Además, aunque – como ya se dijo – los canales de búsqueda no representan ya un tema tan dramático como cuando dependían de complicados tesauros,[16] la organización de bases de datos

[16] Un tesauro es una lista de palabras empleadas para designar conceptos pero, en lugar de estar ordenada alfabéticamente como en un diccionario, se presenta con una estructura taxonómica que permite agrupar los términos relacionados con un mismo concepto. Los tesauros tuvieron gran desarrollo en la primera etapa de la informática documental porque, ya que el número de descriptores a utilizar era reducido por las limitaciones de la memoria RAM, se hacía preciso brindar al usuario la lista de tales descriptores asociada a cada con-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

jurídicos siguen requiriendo una cuidadosa selección del modo más apropiado para asegurar la recuperación de cada dato por el usuario interesado.

En la informática jurídica de gestión, la representación del conocimiento se muestra mucho más compleja, porque incluye la interpretación del derecho y no tan solo la comprensión de un texto. El operador (en el ámbito tribunalicio, aunque en cierta medida también en un estudio jurídico) tiene a su disposición un conjunto de normas procesales y otras pautas de acción más o menos tradicionales. El uso de la informática requiere una clarificación de todas estas normas, suficiente para confeccionar un programa que las formule, contenga y aplique. La exigencia de exactitud, con el esfuerzo introspectivo que ella implica, es uno de los elementos capaces de generar resistencia en los operadores. Sin embargo, como se trata de pautas formales, habitualmente dotadas de cierta claridad en su texto legal y reguladoras de pasos individualmente poco importantes en el desarrollo general del proceso, ha sido posible establecer paulatinamente – aunque con velocidad desigual – la informática de gestión en la práctica judicial.

La informática decisoria, en cambio, muestra el conflicto en su forma más descarnada. En efecto, el razonamiento ha de ser adaptado a las necesidades de los sistemas informáticos; pero estas necesidades no son cualitativamente diferentes de las que rigen el pensamiento humano: solo requieren un grado muy superior de exactitud y de certeza. Semejante adaptación es una suerte de formalización: nada en ella puede quedar sujeto a la improvisación del momento ni librado a la acción de variables ignotas (a menos, claro está, que tales variables sean halladas, formalizadas e introducidas en el programa con motivo del caso particular). Las posibilidades del sistema pueden ser infinitas, como son infinitas la sucesión de los números naturales o las consecuencias de un conjunto dado de premisas; pero todas ellas deben hallarse contenidas en formas o clases de combinaciones de variables que el sistema acepte como relevantes, y aun estas variables han de derivar de un número finito de elementos primitivos, combinables entre sí según aquellas formas. Dicho de otro modo, la elaboración de programas capaces de llevar a cabo cualquiera de los segmentos de la decisión jurídica requiere decisiones claras y precisas acerca de la interpretación del derecho para cada tipo de supuestos, cuando el sentido de la ideología práctica más común en los operadores jurídicos es exactamente el opuesto. Por alguna razón tradicional y misteriosa, los hombres de derecho

cepto que pudiera ser objeto de búsqueda. Más tarde se empleó el "tesauro negativo", que incluía todas las palabras con excepción de las que carecieran de valor indicativo, como conjunciones y preposiciones. De cualquier manera, los tesauros nunca perdieron su utilidad y siguen empleándose, aunque principalmente en el área lingüística.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

no se muestran disconformes con la vaguedad de sus conceptos ni con la inconsistencia de sus métodos de interpretación. Por el contrario, están convencidos de que ellas son virtudes del pensamiento jurídico, que acercan el discurso a la inasible condición del hombre y a la vaguedad esencial de sus obras más excelsas. Desconfían visceralmente de las matemáticas y se niegan obstinadamente a la introspección, como sacerdotes a quienes se propusiera penetrar la profundidad de los designios divinos. Si detrás de estas actitudes hay exceso de confianza en la tradición, una soberbia pereza intelectual o la inconsciente certeza de que la claridad en el derecho, con el consiguiente aumento de la seguridad jurídica, traería consigo la correlativa disminución en el prestigio corporativo, es materia que a los psicólogos corresponde dilucidar. Lo que puede advertirse desde la actual perspectiva es que la necesidad de certeza y la admiración por la incertidumbre funcionan de modo muy genérico como polos entre los que se desarrollan las actividades del derecho.

IV. Deshumanización o clarificación

La exigencia de adaptar el razonamiento jurídico a las necesidades informáticas es a menudo recibida, pues, como una propuesta de deshumanizar el derecho y renunciar a la *equidad*.[17] Parece que los mismos dones de racionalidad con los que el hombre pretende diferenciarse del resto de la escala zoológica terminan a veces por espantarlo cuando se le presentan como asignatura pendiente;[18] pero la evolución del pensamiento humano (es decir, su cambio favorable según sus propios criterios generales de preferencia) tiende invariablemente a poner de manifiesto lo implícito, a clarificar lo que se presenta a la conciencia de un modo confuso y, una vez hecho eso, a concebir nuevas combinaciones de ideas y criterios que, a su vez, serán más tarde objeto del mismo proceso.[19]

La aplicabilidad de esa reflexión al campo del derecho se advierte fácilmente cuando se analiza el modo como el jurista (abogado, juez, funcionario, observador experto) razona frente a un caso particular. El jurista siente que puede ejercer cierta libertad al emitir su decisión, opinión o dictamen;

[17] Acerca de la equidad como conjunto de criterios no explícitos, me he extendido en Guibourg, Ricardo A., *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 118.

[18] *Cfr.* Asimov, *op. cit.*, 8.

[19] *Cfr.* Guibourg, Ricardo A., "Bases teóricas de la informática jurídica", *Doxa*, núm. 21, vol. II, Alicante 1998 (aparecido en junio de 1999), p. 189.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

pero sabe también que su actitud requiere fundamentos, y que no cualquier fundamento (un tiro de moneda a cara o cruz, por ejemplo) es aceptable. El universo de los fundamentos aceptables constituye, en cierto modo, el programa al que el jurista se halla sujeto, integrado por criterios que permiten : a) seleccionar y valorar las pruebas, para decidir a partir de ellas los hechos controvertidos; b) seleccionar, entre estos hechos, los que hayan de considerarse relevantes para caracterizar el caso en examen; c) construir, a partir de estas características relevantes, un esquema del caso que lleve a subsumirlo en un tipo general y d) vincular este tipo general con una solución normativa, también genérica, que después será adaptada a los datos particulares del caso.

La fuente más obvia de estos criterios es la ley. Las normas jurídicas, en sus distintos niveles, proveen al jurista una programación general, frente a la cual el observador goza de escasa libertad: su apartamiento de tales criterios, salvo casos excepcionales, como los de inconstitucionalidad, se considera equivocación del abogado o mal desempeño de la función judicial o administrativa.

Otra fuente son los precedentes o la jurisprudencia, conjunto de decisiones anteriores que ejercen sobre el jurista cierta presión para el empleo de criterios interpretativos aunque, según sea el sistema jurídico del que se trate, le dejan mayor amplitud de decisión personal.

Pero estas decisiones personales, tal como las interpretaciones de la jurisprudencia y aun, en buena medida, la resolución de aplicar normas sobre inconstitucionalidad, abuso del derecho o lagunas, dependen a su vez de otros criterios. Solo que estos criterios no son completa ni predominantemente provistos por la ley ni por los precedentes: se encuentran en la formación moral y profesional del juez, del abogado o del funcionario.

Cada jurista, en efecto, ha resuelto alguna vez su posición frente a ciertos problemas jurídicos o situaciones de hecho, o elegido entre dos o más corrientes jurisprudenciales la que él considera más justa o adecuada; y, si su posición no ha de obedecer a un repentino capricho, se encuentra en condiciones de explicar los motivos o argumentos que lo conducen a la conclusión escogida.

Pero, si se examinan a fondo esos argumentos, podrá casi siempre advertirse que ellos se basan en conceder a ciertas circunstancias, dentro de las conocidas o aceptadas, un valor más relevante que el que les otorgan las razones esgrimidas por la argumentación opuesta. Estas diferencias de apreciación - a menudo matices no expresados - son muchas veces desconocidas por el propio jurista que las sustenta: ellas corresponden a su programación ignota, a la que fue absorbida desde la infancia y modelada por

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

un sinnúmero de contingencias personales ocurridas durante su vida, tal vez hoy olvidadas. El fruto de estas incontables e incontrolables condiciones, de su combinación y de su entrechoque durante muchos años en la caja negra del inconsciente, es un individuo autoritario o liberal, más inclinado hacia la derecha o hacia la izquierda, apático o voluntarioso, conformista, temerario o cobarde y, en definitiva, dispuesto —acaso sin saberlo— a reaccionar de cierta manera frente a ciertos estímulos que se le propongan.

Este panorama tan aleatorio —y, mirado de cerca, tan poco alentador— es precisamente el que se encuentra en el fondo de la función judicial o administrativa, el que muchos juristas reivindican y alaban como el indispensable control humano de la aplicación de la ley en cada caso individual, el que se nos muestra glorificado bajo el nombre de equidad.

Y, sin embargo, algo hay de cierto en esa consideración. La aplicación humana de criterios implícitos e inconscientes es la base última de todas las preferencias y resulta indispensable al derecho, pero no en tributo a su excelso carácter humano, sino a causa de su propia imperfección.

En efecto, todo criterio conocido puede expresarse en palabras y, en caso necesario, llevarse al grado conveniente de precisión. Un criterio expresable y preciso puede formalizarse, ya sea como algoritmo, ya sea como la configuración de un diagrama arborescente del flujo de decisiones. Y un criterio susceptible de tal formalización puede ser introducido en el programa de un ordenador, que lo aplicará con mayor rapidez, eficiencia, seguridad e imparcialidad que el propio ser humano. Los criterios desconocidos, en cambio, se encuentran todavía encerrados en la caja negra de nuestra mente, de donde es posible (pero no fácil) extraerlos en parte por medio de la introspección y del razonamiento o inducirlos por medios estadísticos. Una vez sacados a la luz pueden seguir el camino de los otros; pero mientras eso no ocurra solo el hombre puede aplicarlos, ya que forman parte de su programa, sin que existan (todavía) diagramas para reproducirlos ni una vía adecuada para transmitirlos.[20]

V. Entre el arte y la exactitud

Para el hombre, pues, una cosa es *saber hacer algo* (ser capaz de hacerlo en la práctica) y otra diferente *saber cómo se hace algo* (ser capaz de explicitar los

[20] Guibourg, Ricardo A., *El fenómeno normativo*, *op. cit.*, pp. 145-147.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

pasos y criterios que, debidamente empleados, conduzcan con seguridad al fin deseado).

Un experto sabe hacer su trabajo. Pero el creador de un sistema experto debe saber cómo se hace ese mismo trabajo, lo que no es lo mismo e implica por su parte tomas de conciencia y desacralizaciones tal vez dolorosas. Miguel Ángel habría sabido describir la técnica empleada para pintar la Capilla Sixtina, pero se habría sentido perplejo y hasta ofendido por alguien que le preguntase por el minucioso y oscuro proceso intelectual y afectivo que lo había llevado a concebir las imágenes, a elegir los colores, a crear luces o a sugerir transparencias. Esa parte de la "técnica" era desconocida por el propio artista, a la vez que constituía la impronta de su genio. Muchos artesanos, sin embargo, han condescendido a menudo a analizar su talento en segmentos comprensibles: así el mundo disfruta de la industria. Otro tanto hacen hoy científicos de toda laya y, en unión con los informáticos, dan a luz los sistemas expertos (las actuales *máquinas de saber*).[21]

Esta actitud, apenas incipiente en el campo del derecho, es una vital condición para el uso eficiente de las computadoras. Para la máquina, que no olvida y que carece de subconsciente, saber hacer y saber cómo se hace son una y la misma cosa. Para programarla, es preciso indicarle todos los pasos a seguir en cada situación. Y hacerlo claramente, en un lenguaje que la máquina pueda "comprender". El jurista, habituado a la imprecisión, a las medias palabras, a los argumentos inconcluyentes y, en general, a un método que se parece más al arte que a las matemáticas, emplea y tiene por buenos criterios y datos que no le han sido suministrados formalmente, que no siempre ha controlado racionalmente y que, de hecho, a veces ni siquiera conoce. Este fondo de criterios ignotos le permite proporcionar soluciones donde las condiciones son vagas o desconocidas, interpretar normas de contenido ambiguo y, en general, adaptar los criterios formales a lo que él entiende como las necesidades del caso particular (esto es, modificar criterios deficientemente expresados en virtud de actitudes valorativas exentas de control intersubjetivo). Es claro que los resultados de este procedimiento son un tanto erráticos; esta condición es la que intenta disimularse o justificarse con la apelación a la incomensurabilidad del hombre y a la variación de las circunstancias.

El empleo de la informática, en cambio, nos propone una utopía tecnológica. En su versión extrema, ella consiste en proveer, para cada situa-

[21] Guibourg, Ricardo A., "Sobre la técnica en el derecho", Guibourg (recopilador), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 9 y 10.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ción de hecho propuesta, una solución legal única, completamente previsible e inmediata, aunque sujeta a perpetua revisión y eventual modificación. Parece obvio que, si tal cosa pudiera lograrse, no sólo las prácticas jurídicas se verían profundamente modificadas: la actitud de las personas frente al derecho se tornaría completamente diferente.

En efecto, todo el manejo de las normas y de las circunstancias eventualmente relevantes para fines normativos se halla, desde siempre, adaptado al escaso rigor del pensamiento jurídico. Estamos habituados a pensar que toda decisión de derecho requiere alguna elección entre criterios, ya sea de identificación y apreciación de la prueba, de interpretación de las normas, de la consiguiente subsunción del caso en la norma interpretada y, en algunos casos, de elección discrecional de las consecuencias dentro de un marco provisto por la ley. Esa opción entre criterios diversos no está a su vez determinada por *metacriterios* unívocos ni públicos, sino por procedimientos y presupuestos que integran el más o menos ignoto sistema de pensamiento del individuo que haya de adoptarla. Esta última circunstancia no nos parece un mal necesario, sino una ventaja inherente a la humanidad de la materia a tratar, y por esto concedemos a los decisores un prestigio social tanto mayor cuanto menor sea la predecibilidad de sus decisiones, así como, en caso de divergencia entre un número plural de decisores, aceptamos el criterio mayoritario con un respeto casi religioso. Como consecuencia, nadie está positivamente seguro de la licitud o de la ilicitud de una conducta determinada hasta que el tribunal de última instancia se ha expedido acerca de ella: lo que llamamos *seguridad jurídica* es, en el mejor de los casos, un grado más elevado que otros en la probabilidad de acierto de las predicciones que formulamos.

Si la utopía informática se realizara, cada individuo podría saber de inmediato la calificación deóntica de sus conductas y, en caso de llevarlas a cabo, la protección o el castigo que el sistema jurídico hubiese dispuesto para ellas sobrevendría automáticamente, de inmediato y en forma absolutamente previsible. Es fácil imaginar el impacto que esta situación tendría entre deudores y acreedores, abogados y potenciales infractores y, de paso, el modo en que descendería la importancia relativa de jueces y funcionarios para dar paso a una sociedad regida por una ley común, pública y transparente, antes que por la mano más o menos generosa de operadores individuales dotados de subjetividad ignota.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

VI. Más acá de la utopía informática

Desde luego, aquella utopía informática no es íntegramente realizable. No porque la naturaleza del material a tratar constituya en sí misma un obstáculo, sino porque no existen, al menos por ahora, medios técnicos adecuados para satisfacer algunas exigencias de aquel modelo ni condiciones políticas para emplear consistentemente los medios técnicos disponibles. El modelo de sistema normativo propuesto por Alchourrón y Bulygin,[22] por ejemplo, es una excelente base para reconstruir el orden jurídico de un modo mucho más riguroso que el actual; pero es difícil imaginar a los legisladores dispuestos a diseñar sus leyes mediante matrices de casos. De todos modos, aun en ese supuesto, no menos de dos problemas quedarían en pie. Uno de ellos es el de la *quaestio facti*: puesto que los hechos relevantes para la configuración de cada caso son a menudo mal conocidos y, en no pocos casos, llevados a cabo en la clandestinidad, no existe todavía una teoría de la prueba capaz de dar cuenta satisfactoriamente de todos los criterios de apreciación que puedan emplearse. El segundo, naturalmente, sigue siendo el de la *quaestio iuris*: aunque el legislador definiera los casos relevantes con el mayor rigor disponible, el uso de un lenguaje natural dejaría abierto un campo indefinido para el debate acerca de los límites de cada caso tipo y de su aplicabilidad a una situación concreta.

Sin embargo, estas dificultades sólo se oponen al caso extremo de lo que he llamado la utopía informática. Ellas no impiden avanzar indefinidamente por el camino indicado, al menos hasta chocar, en cada caso, con algún obstáculo que las circunstancias no permitan sortear.

En algunas materias, cuando el cálculo político de costos y beneficios parezca justificarlo, es posible aceptar una *deshumanización* de la prueba: someterla a formas estrictas, preferentemente preconstituidas, tasar su valor... y aceptar los resultados del sistema trazado aunque no siempre nos satisfagan. Este es un tema en el que las valoraciones suelen tomarse por limitaciones fácticas. Por ejemplo, cualquier jurista sentiría horror frente a un sistema procesal penal en el que la libre convicción del fiscal, expresada en la acusación, se considerase en sí misma una prueba del delito y el acusado tuviera a su cargo acreditar su inocencia. Sin embargo, este mismo sistema se halla a menudo en vigencia en materia de infracciones de tránsito, donde el acta levantada por el agente de policía sirve a la vez como acusación y prueba ante el tribunal municipal. Que quede en claro, por

[22] *Cfr.* Alchourrón, Carlos E., y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

supuesto, que no se propone aquí universalizar un procedimiento tan dudoso, sino tan sólo sugerir que hay casos (habitualmente menores) en los que la sociedad privilegia la preconstitución de la prueba incluso frente a las garantías de justicia individual.[23]

A la inversa, en la determinación del derecho aplicable es posible mantener una relativa humanización. Cada criterio normativo es acaso como un témpano, del que la punta conocida puede ser rigurosamente descripta por cualquiera, mientras su base permanece sumergida en un mar de potencialidades subconscientes. Dado que la decisión sobre cada punto desconocido, aunque sea adoptada en un caso individual, implica por sí sola un criterio general para casos semejantes, es posible rescatar de la imprecisión segmentos crecientes de cada sistema de criterios, a medida que los planteos individuales lo hagan necesario o conveniente. Una vez advertidos y hechos explícitos, los criterios pueden ajustarse al consenso público o a la decisión política competente e integrarse a la parte rigurosamente descripta y formalizada.[24]

Si hemos de *querer* emplear aquellos procedimientos es un interrogante político. También lo es decidir cuándo y en qué casos hemos de emplearlos, o qué precio estamos dispuestos a pagar para obtener las ventajas que de ellos han de resultar. Lo que puede advertirse es que es perfectamente posible avanzar por el camino del rigor normativo mucho más que lo que los juristas están normalmente dispuestos a admitir.

En este sentido, la principal base teórica de la informática jurídica consiste en un cambio epistemológico. A la luz de este enfoque, cabe citar las opiniones de dos expertas en el tema, que pueden verse como tomas de posición divergentes ante el problema de la racionalidad en el derecho. Julia Barragán[25] parece expresar conformidad con la orientación epistemológica tradicional: el jurista tiene *derecho* a su propia forma de razonar, que incluye la textura abierta del lenguaje y desemboca en más de una respuesta correcta para cada problema. Danièle Bourcier,[26] desde una óptica más específica, puso de resalto que el uso de la informática jurídica

[23] Propuestas de procedimientos formularios, con aplicación de algunas de estas técnicas, pueden consultarse en Guibourg (recopilador), *Informática Jurídica Decisoria*, *op. cit.*

[24] *Cfr.* Guibourg, Ricardo A., *El fenómeno normativo*, *op. cit.*, pp. 159 y ss..

[25] Barragán, Julia, "Informática jurídica", Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (Ed.) *El Derecho y la Justicia: Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11, Madrid, Trotta, 1996, p. 39.

[26] Bourcier, Danièle, "L'informatisation du droit; réflexions sur l'évolution des techniques d'écriture de l'état", en *Challenges to law at the end of the 20th Century*, 17th IVR World Congress, Bologna, 16-21 June, 1995, Bolonia, IVR, 1995, tomo II, p. 65.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

es, como la codificación, un modo de racionalización de la producción jurídica. La racionalidad, desde luego, es un largo camino que, mediante la clarificación de las premisas y la formalización de las reglas de inferencia, tiende a obtener una sola respuesta para cada problema. Y, si la respuesta no es satisfactoria, aconseja revisar las premisas y controlar el uso de las reglas antes que introducir en el sistema una inconsistencia individual. Si se examina la controversia en estos términos, se advertirá que muchos de los argumentos que hoy sirven de obstáculos epistemológicos al aprovechamiento más intenso de la informática en el derecho se parecen a los que otrora se oponían a la codificación.

VII. Misterio humano, demasiado humano

Los humanos estamos acostumbrados a aceptar con alegría y hasta con orgullo las imprecisiones de nuestro razonamiento, especialmente en ciencias humanas. La informática nos pone frente a una evidencia y a un desafío que no son solo jurídicos. Una vía epistemológica, la que se aprecia predominantemente, es ensalzar el misterio, rechazar la lógica o recortar sus alcances y creer que todos hablamos de lo mismo y colaboramos desde distintas posiciones para desentrañar misterios cambiantes y a la postre insondables, confiados en el propósito común de *hacer justicia*. La otra consiste en desmitificar los misterios: no dejar de reconocer nuestra limitada capacidad para lidiar con ellos, pero situarlos en nosotros mismos. El misterio, en efecto, no es otra cosa que el conjunto de nuestros criterios y de las relaciones que entre ellos establecemos. Si nos parece un abismo insondable, es porque nuestra mente contiene agujeros muy profundos, en los que se ocultan los numerosos y graves desacuerdos que suelen ocultarse bajo la reverencia general a la palabra "justicia". Poco a poco, sin embargo, podemos explorar esos abismos y hacer públicos nuestros hallazgos. Solo en esos límites podremos entendernos realmente (como lo hacemos en el ámbito de las ciencias naturales), para debatir nuestras preferencias en un marco conocido por todos. El resto seguirá siendo un misterio que nos invite a penetrar en él juntos, para que los pedazos que exploremos dejen así de ser misteriosos. Para esto son indispensables los juristas, armados del libre debate y de la lealtad intelectual. Pero, después de todo, esta es la diferencia que siempre conocimos entre lo que sabemos y lo que ignoramos. Una cosa es estudiar y aplicar una ciencia y otra es investigarla. Si cada aplicación de la física ya conocida debiera someterse a debate y experimentación tan intensos y constantes como la física que estamos investi-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

gando, las ciencias naturales habrían obtenido hasta ahora resultados tan pobres como las ciencias jurídicas, porque no contarían con criterios generales dignos de la confianza común. Es preciso, pues, que nuestra investigación llegue primero a resultados provenientes de una observación que todos podamos ejercer del mismo modo y con idénticos resultados, para después atrevernos a proponer estos resultados como materia de estudio y aplicación práctica.

VIII. La vía del análisis de criterios

Entre la práctica del derecho y la exactitud (entendida esta última como cualquier combinación efectiva de lógica, informática y matemáticas) existe, pues, un abismo; no porque las ciencias exactas no sean capaces de representar los problemas y reacciones humanos, sino porque nuestro conocimiento de tales problemas y reacciones no es suficiente para aprovechar aquellas pretensiones de exactitud y porque la actitud predominante entre abogados, jueces y juristas contiene una notable resistencia a hacer avanzar aquel conocimiento en dirección de las ciencias exactas. Si un puente puede trazarse entre las dos orillas de ese abismo, para que la informática jurídica proporcione a la actividad jurídica todo el potencial de su capacidad de cálculo, es inútil encargar la construcción a los expertos en informática, que ya han hecho en su campo más que lo que podemos aprovechar. Es preciso desarrollar el lado jurídico del puente, modificando preconceptos y haciendo avanzar nuestro conocimiento del derecho. Este último propósito parecería inútil, ya que el derecho es conocido desde la antigüedad y grandes juristas han iluminado su conocimiento. Sin embargo, ha de advertirse que, a medida que lo que consideramos fenómeno jurídico se aparta de la mera lectura de la ley escrita[27], su contenido se torna crecientemente subjetivo y el método para adquirir su conocimiento se parece cada vez más a la introspección, si se trata de operadores con poder jurídico, o a la psicología social, si se lo ejerce desde un observador externo.

[27] Es claro que la ley escrita siempre debe ser leída y, por lo tanto, se encuentra sujeta a interpretación. Es claro también que muchas veces, debido a la ambigüedad del lenguaje, diversas interpretaciones de un mismo texto pueden ser propuestas. Pero, a lo largo de los últimos dos siglos, el ámbito de libertad interpretativa que se tiene por aceptable se ha ensanchado considerablemente, lo que hace cada vez más impredecible el contenido que haya de atribuirse al derecho acerca de cualquier tema concreto.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Si tal fenómeno se observa a lo largo de toda la historia, y aun recomienza a partir de la codificación, en nuestros días se observa con la mayor intensidad, gracias a la visión del derecho como la percepción de derechos y principios antes como el establecimiento de obligaciones concretas[28] y gracias a la recepción de esta óptica por las constituciones más nuevas,[29] así como por el predominio de tesis teóricas que impulsan esa evolución[30] y hacen parecer que, con ella, el derecho sigue siendo igualmente decidible.[31]

Si lo que el derecho tiene de ignoto corresponde a la esfera subjetiva, y si la subjetividad que vale es la que anida en la mente de los intérpretes y aplicadores dotados de autoridad, tales como los jueces, y si la nueva estructura del discurso jurídico descansa cada vez más en los criterios judiciales, parece claro que el futuro inmediato del conocimiento jurídico (indispensable para la *representación del conocimiento* requerida por el uso de la informática) se encuentra en el estudio de tales criterios. Los observadores externos pueden intentarlo inductivamente mediante el estudio minucioso de las decisiones judiciales, como lo hacen desde siempre los juristas y como lo practican en sentido más individual los grandes bufetes estadounidenses. Sin embargo, las conclusiones de tal estudio no dejarán de ser aproximativas y traducirse en regularidades estadísticas, dotadas aún de un fuerte componente aleatorio. El estudio ideal sería la investigación de los criterios por parte de los propios jueces, mediante una minuciosa y leal introspección que luego pudiera hacerse pública.

En efecto, entre los jueces se considera criticable adoptar decisiones arbitrarias, adjetivo que fulmina el acto que se funda "solo por la voluntad o el capricho". Como una decisión constituye siempre un acto de voluntad, cualquiera sea la inmediatez de su relación con la ley, quien no cae en arbitrariedad es el que, aunque sea por vía de interpretación, aplica un criterio general que a su vez sea juzgado razonable.

Este es un primer punto a reconocer explícitamente. No hay criterios individuales: un criterio, aun cuando haya sido elaborado a partir de un

[28] Guibourg, Ricardo A., "Los jueces y la nueva estructura del sistema jurídico", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, No. 24, 2006), p. 139.

[29] Guibourg, Ricardo A., "El neoconstitucionalismo y los derechos humanos", en Serrano Minguillón, Fernando, y Vázquez, Rodolfo (coordinadores), *Ciencia Jurídica y Constitución, ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, Porrúa y Facultad de Derecho UNAM, México, 2008, p. 361..

[30] *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.

[31] Guibourg, Ricardo A., "Alexy y su fórmula del peso", en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 157.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

caso concreto, está siempre disponible para ser aplicado a cualquier otro caso que guarde con el primero cierta semejanza en ciertos caracteres relevantes; y el grado de la semejanza y la identificación de los caracteres relevantes no dependen de la observación del nuevo caso: forman parte del criterio mismo, aunque experiencias posteriores puedan llevar a su autor a precisar el criterio, ampliarlo, modificarlo o sencillamente desecharlo. El temor a mostrar cambios en los propios criterios es, probablemente, lo que ha llevado al discurso jurídico a pretender que cada caso es distinto y que todas sus circunstancias deben ser analizadas para adoptar una decisión[32].

El camino posible (aunque indudablemente difícil) consiste, pues, en que las mismas personas que han de juzgar cierta clase de procesos investiguen sus propios criterios: no solo los que han declarado explícitamente en las decisiones adoptadas con anterioridad, sino – hasta donde sea posible – los que todavía no han aplicado pero permanecen latentes en su sistema de pensamiento, acaso en un segmento no explícito de él. No es preciso para esto que el juez se convierta en psicoanalista de sí mismo: basta que se plantee casos hipotéticos y, mejor aún, que compare esas sus probables decisiones con las de otros magistrados que hayan de conocer en la clase de procesos a los que se refiera el análisis de criterios. No se trata de una idea novedosa: su embrión puede rastrearse en el derecho romano clásico, donde los pretores, al asumir su cargo, debían publicar un *edicto* en el que anunciaran los parámetros con los que se proponían juzgar en adelante[33].

IX. Un camino ya iniciado: conclusión

Este tipo de búsqueda es difícil, porque choca con la actitud de los sujetos, con la tradición del discurso jurídico y con la dinámica de los procesos individuales, que impulsa a los magistrados a concentrarse en la solución del caso y deja en segundo plano la elaboración de criterios

[32] Por supuesto, no hay dos casos iguales, porque las circunstancias presentes en cada caso son infinitas. Por esta misma razón, si hubiera que analizarlas todas jamás podría resolverse un litigio. Si existen normas generales, como las de los códigos, es porque estamos habituados a construir clases de casos a partir de cierto número finito de características a las que se concede relevancia clasificatoria (tal es el material del que están hechos los tipos penales, fenómeno que se reproduce, con mayor vaguedad, en otras ramas del derecho). De modo semejante, los criterios que se adopten por vía interpretativa tienen también carácter general, hasta que sean cambiados por la persona que los sustenta.

[33] *Cfr.* Vogel, Carlos A., *Historia del derecho romano*, Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 159.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

conscientes de interpretación, abiertos a nuevas aplicaciones. Sin embargo, no es imposible.

En la Universidad de Buenos Aires se han hecho ya tres intentos de este tipo de investigación: el primero sobre la interpretación de una norma del derecho del trabajo[34], el segundo relativo a los agravantes y atenuantes a tener en cuenta para graduar el tiempo de prisión que hubiera de aplicarse a un homicida[35]; el tercero, acerca del algoritmo con el que pudiera calcularse la indemnización por daño moral en un litigio civil[36].

No todos esos proyectos de investigación arrojaron resultados igualmente satisfactorios; pero todos, sin excepción, llegaron a conclusiones demostrativas de que la tarea es factible, aunque encuentre en su desarrollo dificultades de diverso tipo.

Desde luego, es posible que otras vías de aproximación al conocimiento eficiente del derecho sean más apropiadas que aquella cuyos intentos aquí se relatan. En ese caso, convendrá explorarlas. También es posible desechar *in limine* toda pretensión de dotar al pensamiento jurídico de alguna dosis de exactitud. Pero, en tal supuesto, deberemos renunciar al uso intenso de la informática y seguir empleando las computadoras como máquinas procesadoras de textos o como archivos virtuales, puesto que todo uso informático, aun el más primitivo, requiere alguna medida de precisión en el pensamiento del usuario y la utilidad que las computadoras hayan de prestarnos se mide por el grado de aquella precisión que estemos dispuestos a introducir en nuestra propia mente.

Por eso, la inclusión de un capítulo de informática jurídica en un manual de filosofía del derecho implica la idea de que esta disciplina forme parte de la reflexión iusfilosófica y no aparezca como una simple descripción de mecanismos auxiliares. Si esta iniciativa se lleva adelante con empeño e inteligencia, sus efectos, teóricos primero y prácticos después, pue-

[34] Guibourg, Ricardo A., *Análisis de Criterios de Decisión Judicial: el artículo 30 de la L.C.T.* (folleto, como director del proyecto de investigación), Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2003. En colaboración con Jorge A. Cerdio Herrán, Miguel Ángel Maza, Liliana Rodríguez Fernández, Sara N. Silva, María Cristina Solvés y María Teresa Zoppi.

[35] Guibourg, Ricardo A., *Análisis de Criterios de Decisión Judicial: la graduación de la pena* (folleto, como director del proyecto de investigación), Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2008. En colaboración con Estela R. Cárcamo, Jorge A. Cerdio Herrán, Héctor M. Magariños, Liliana Rodríguez Fernández, Iván Tolnay de Hagymassy, Martín E. Vázquez Acuña y Marta Yungano.

[36] Guibourg, Ricardo A. (como director de investigación), "Análisis de Criterios de Decisión Judicial. El daño moral. Resultados de una investigación", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, Buenos Aires, 2010, páginas 243 y siguientes. En colaboración con Jorge Arturo Cerdio Herrán, Martín A. Christello, Carlos A. Domínguez, Ricardo V. Guarinoni, Carlos J. Molina Portela, Liliana Rodríguez Fernández e Iván Tolnay de Hagymassy.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

den dar un vuelco casi copernicano a lo que llamamos ciencia del derecho. Pueden conducir a clarificar la epistemología del derecho, distinguir finalmente la actitud descriptiva de la valorativa, habilitar sensatamente la descripción de las valoraciones, ir a buscar el conocimiento en lugares donde pueda encontrarse algo digno de ese nombre, sistematizar útilmente aquello que se haya encontrado, difundirlo para conocimiento público, controlarlo constantemente para su perfeccionamiento, emplearlo para fundar nuevas técnicas judiciales, dar respuesta a los litigios que bullen en la sociedad y suelen colmar los estantes tribunalicios, proporcionar a los ciudadanos una impensada dosis de seguridad jurídica y abrirles la puerta para que, mediante su crítica explícita y racional, procuren que las soluciones merezcan, a sus ojos, el calificativo de justas.

X. Bibliografía

1. *Bibliografía de Apoyo*

ASIMOV, Isaac, *El hombre del bicentenario*, Martínez Roca, Barcelona, 1978.

CASANOVAS, *Derecho y tecnología*.

COMANDUCCI, Paolo, "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", en *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho* , vo. 21, núm. 2, 1998.

GUIBOURG, Ricardo A. "Los jueces y la nueva estructura del sistema jurídico", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* NÚM. 24, 2006.

_____, *Análisis de criterios de la decisión judicial: el artículo 30 de la* LCT (como director), Grupo de Análisis de Criterios, Buenos Aires, 2004.

_____, "Bases teóricas de la informática jurídica", en *Doxa*, núm. 21, vol. II, Alicante 1998 (aparecido en junio de 1999).

_____, "La justicia y la máquina", en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, tomo 150.

VERNENGO, Roberto J., "La racionalidad en el derecho", *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 107, 1992.

2. *Bibliografía Consultada*

AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José M., *Introducción al derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

AKERA, A., & NEBEKER, F., *From 0 to 1 : an authoritative history of modern computing*. New York, N.Y.: Oxford University Press, 2002.

ALCHOURÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

_____, "Limits of logic and legal reasoning", en Martino, Antonio A. (ed.), *Expert systems in law*, North-Holland, Amsterdam, 1992.

ÁLVAREZ, Gladys S., "Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito", en Guibourg, Ricardo A., *Informática jurídica decisoria*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

ASHLEY, K. D., *Modelling legal argument: Reasoning with cases and hypotheticals*. Cambridge, Massachussets: MIT Press, Bradford Books, 1990.

BERCOVICH, Diego y FARAUDO, Sergio, "Misión interdisciplinaria de relevamiento de la informática jurídica" en *Francia, Informe de Misión*, SAIJ, Buenos Aires, marzo de 1990.

BIAGIOLI, Carlo y FAMELI, Elio, "Expert Systems in Law: an International Survey and a Selected Bibliography", en *CCAI, The Journal for the Integrated Study of Artificial Intelligence, Cognitive Science and Applied Epistemology*, vol. 4, núm. 4, 1987.

BIAGIOLI, Carlo, y otros, "ESPLEX: an Expert System in Contract Law", ponencia presentada en el congreso internacional 20 Ans d'Informatique et Droit, Estrasburgo, octubre de 1987.

BING, Jon, "A Model of Legal Information Retrieval as Part of the Decision Process", en Informatica e Diritto, Florencia, 1976-3.

BOOLE, George, *Análisis matemático de la lógica*, tr. F.H.C., La Plata, 1967.

BORCHI, Fulvio, "Brevi osservazioni sui sistemi elettronici di pagamento e certezza del diritto", ponencia presentada al IV Congresso Internazionale sul tema Informatica e Regolamentazioni Giuridiche, Roma, 1988.

CAMPANELLA, Elena M., "Experiencias iberoamericanas en informática judicial II, Gestión automatizada en el ámbito de la justicia", *Actas del II Curso de Informática y Derecho, CREI y Generalitat de Catalunya, Barcelona*, 1983.

_____, "Informática judicial documental y de gestión en el Poder Judicial de la Nación de la República Argentina", en *Informática y Derecho*, vol. 5, UNED, Centro Regional de Extremadura, Aranzadi, 1994.

CARJUZÁA, Cristina, "Desarrollo y proyectos del sistema de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Jurismática*, núm 3, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CHORLEY, A., & BENCH-CAPON, T., Agatham "Automated construction of case law theories through heuristic search", en. *International Conference on Artificial Intelligence and Law. Proceedings of the 10th international conference on Artificial intelligence and law* (págs. 45-54). Bologna: ACM Press, 2005.

DE PALMA DE BEATTI, Ofelia S., "Informatizzazione Della Cancelleria Della Corte d'Appello del Lavoro dell'Argentina", en *Informatica e Diritto*, IDG, Florencia, 1989, núm. 1.

ECHAVE, DELIA T.; URQUIJO, María E. y GUIBOURG, Ricardo A., *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

ESPINO, Miguel Ángel, "Panorama de la informática jurídica", en Guibourg, Ricardo A., *Informática jurídica decisoria*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

FROSINI, Vittorio, *Cibernética, derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1984.

GAGLIARDI, Pedro L., "Informática no judiciário", artículo presentado en el II Simpósio Jurídico Brasil-Argentina, Buenos Aires, junio de 1988.

GARGIULO DE TRIEP, Elizabeth A., "Informatización del proceso ejecutivo prendario e hipotecario en la provincia de San Juan", en actas de las I Jornadas Internacionales de Informática al Servicio del Derecho, Mercedes, Argentina, julio de 1985.

GODOY, Horacio H., "El poder legislativo. Informática y toma de decisiones" (proyecto PNUD – Poder Legislativo), Montevideo, 1987.

GUARINONI, Ricardo V., "Cibernética y derecho", en Revista del Instituto de Cibernética de la *Sociedad Científica Argentina*, dic. 1976, año I, núm. 2.

_____, "El derecho como sistema", en *Revista del Instituto de Cibernética de la Sociedad Científica Argentina*, dic. 1978, año III, núm. 2.

GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho.* (J. Ferrer, Trad.) Madrid: Gedisa, 2000.

GUIBOURG, Ricardo A., "Formalizzazione del ragionamento giuridico in materia d'infortuni sul lavoro", en *Informatica e Diritto* (Logica, Informatica, Diritto, tomo 2o.), año 1979, volumen 1.

_____, "Une procédure de décision automatique", en *Pre-proceedings of the International Study Congress on Logica, Informatica,* Diritto, Florencia, Consiglio Nazionale delle Ricerche (Istituto per la Documentazione Giuridica), 1980.

_____, "La revolución informático-jurídica", Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica, Santo Domingo, República Dominicana,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

1984. Publicado luego en Actas del I Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica, Madrid, CREI, 1985.

_____, "La teoría de las normas en Georg H. von Wright", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, vol. 5, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1986.

_____, "La administración de justicia frente a la informática", en actas de las Primeras Jornadas Internacionales de Informática al Servicio del Derecho (disertación de plenario), Mercedes, junio de 1985 (tomo aparecido en noviembre de 1986).

_____,"Sistemas expertos, sus aplicaciones en el campo del Derecho" (síntesis), en Coloquios del II Congreso Nacional de Informática Jurídica, Córdoba, agosto de 1987.

_____, "Secuencias y niveles en el sistema normativo", en *El fenómeno normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1987, cap. VII.

_____, "Informática judicial y democracia", en *Plural*, núm. 12, diciembre de 1988.

_____, "La informatización del Poder Judicial: la mesa general de entradas en el Fuero Laboral", en actas de Primer y Segundo Coloquio Nacional de Docencia e Investigación en Informática y Derecho, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Colegio de Abogados de Córdoba, Colegio de Escribanos de Córdoba, abril de 1988.

_____, "Campo de aplicación de la inteligencia artificial al derecho", en actas del Tercer Coloquio Nacional de Docencia e Investigación en Informática y Derecho, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1989.

_____, "La realidad social y su regulación normativa: una visión sistémica", en Libro de la Conferencia (actas) de SISTEMICA'92, 1ª Conferencia Internacional de Trabajo del Instituto Andino de Sistemas (IAS), Lima, Perú, agosto de 1992.

_____, *Informática jurídica decisoria* (como coautor y recopilador), Buenos Aires, Astrea, 1993.

_____, *Manual de Informática Jurídica* (en colaboración con los Dres. Jorge O. Alende y Elena M. Campanella), Astrea, Buenos Aires, 1996.

_____, *Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1997.

_____, "Hacia el proceso electrónico", en *Jurisprudencia Argentina*, 26/5/99, número especial de Informática Jurídica coordinado por el Dr. Luis M. Gaibrois (segunda parte).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "Formalización de la competencia", en *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.

_____, "Hacia la evolución de la práctica jurídica", en Ghirardi, Olsen A. (compilador), *El Siglo XXI y el Razonamiento Forense*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, 2000.

_____, *Análisis de criterios de la decisión judicial: la graduación de la pena* (como director), Grupo de Análisis de Criterios, Buenos Aires, 2007.

_____, "Análisis de criterios de decisión judicial: el daño moral" (como director) en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 12, 2010, La Ley, Buenos Aires.

_____, "El neoconstitucionalismo y los derechos humanos", en Serrano Migallón, Fernando, y Vázquez, Rodolfo (coordinadores), *Ciencia Jurídica y Constitución, ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, Porrúa y Facultad de Derecho UNAM, México, 2008.

_____, "Las dificultades filosóficas del pensamiento jurídico", en La Ley del 18/4/08.

_____, "Sobre la argumentación", en La Ley del 7/5/10.

JORDAN FLÓREZ, Fernando, *La informática jurídica (teoría y práctica)*, Universidad Piloto de Colombia, Bogotá, 1983.

LOEVINGER, Lee, "Jurimetrics: the next step forward", en *Minessota Law Review*, 1949, t. XXXIII.

LOSANO, Mario G., *Informática Jurídica*, Saraiva, Sao Paulo, 1976.

MARTINO, Antonio A. "Ausilio elettronico nel tribunale municipale di Buenos Aires", en *Informatica e Diritto*, IDG, Florencia, 1977, núm. 1.

_____, "Auxilio computacional a la legislación. ¿Hacer leyes con las computadoras?", en *Informática y Derecho*, vol. 4, Depalma, Buenos Aires, 1993.

_____, "Les systèmes experts juridiques", Centro di Riproduzione e Stampa dell'IDG, Florencia, 1987.

PAGANO, Rodolfo, "Ripensare la tecnica legislativa anche in funzione dell'informatica giuridica", ponencia presentada en el IV Congresso Internazionale Informatica e Regolamentazione Giuridiche, Roma, mayo de 1988.

PÉREZ CORTÉS, Osvaldo, "Experiencias iberoamericanas en informática judicial I: gestión automatizada en el ámbito de la justicia", en Actas del II Curso de Informática y Derecho, CREI y Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1983.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

RUSSELL, S., & NORVING, P., *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 2 ed., Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 2002.

VAZ Flores, Hortensia y DALL'AGLIO, Edgardo J., *Informática y administración de justicia*, Platense, La Plata. 1986.

WIENER, Norbert, *Cibernética, o el control y la comunicación en animales y máquinas*, Tusquets, Barcelona, 1985.

WRIGHT, Georg H. von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1970.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CAPÍTULO 23

DERECHO, TECNOLOGÍA, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y WEB SEMÁNTICA. UN MUNDO PARA TODOS Y PARA CADA UNO

Pompeu CASANOVAS*

SUMARIO: I. *Inteligencia Artificial: Sistemas multi-agentes (MAS), instituciones electrónicas, sistemas dialécticos.* II. *Inteligencia artificial y derecho: replicar lo insensato.* III. *Web semántica y ontología jurídicas.* IV. *Perspectivas sobre la web semántica.* V. *Open link data: Humanity in the loop.* VI. *Palabras finales.* VII. *Bibliografía seleccionada.*

La relación entre tecnología y derecho es antigua. Desde el punto de vista de su uso, el derecho mismo —sus categorizaciones, sus procedimientos, sus prácticas— constituye una tecnología cognitiva, un modo de aproximarse a la realidad social para controlarla, dirigirla y hacer efectivos en ella determinados planes y modelos económicos, sociales y políticos. Como mostraré al final de este capítulo, estos planes pueden ser graduales, es decir, pueden ser impuestos mediante incentivos o sanciones negativas incor-

* Director del Instituto de Derecho y Tecnología (http://idt.uab.cat) y catedrático acreditado de la Universidad Autónoma de Barcelona; adjunto profesor del Royal Melbourne Institute of Technology (RMIT) Agradezco a Jorge Fabra su amable invitación a participar en este volumen, y la paciencia mostrada ante mis reiteradas demoras. El presente capítulo se enmarca en los Proyectos "DER2012-39492-C02-01. CROWDOURCING, CONSUMEDIA (INNPACTO IPT-2011-1015-430000) y CAPER (EU SEC-2010.1.2-1. PROJECT 261712). Algunas discusiones teóricas han tenido lugar en el marco de SINTELNET COORDINATION ACTION (European Network for Social Intelligence) FP7-ICT-2009-C-286380, y del EU COST AGREEMET TECHNOLOGIES. El EUI e ITTIG-CNR de Florencia, CIRSFID e IRSIG-CNR de Bolonia, CERSA-CNR de París y, naturalmente, el IDT-UAB y el IIIA-CSIC de Barcelona, han albergado seminarios con numerosos colegas y amigos a cuyas obras he hecho referencia. Mencionaré a Clara Smith, cuya lectura de versiones anteriores del manuscrito me ha resultado muy útil y estimulante. Agradezco especialmente a Pauline Stanton y a John Zeleznikow la invitación como Profesor Visitante en la Universidad de Victoria (Melbourne). El apoyo recibido me ha permitido tener la tranquilidad suficiente para escribir este capítulo. Su redacción ha sido posible gracias al Programa de Movilidad para Profesores Universitarios del MEC Salvador de Madariaga (PR2011-0550).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 825-887.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

poradas en sistemas normativos dotados de coactividad —esta es la visión de la teoría del derecho clásica—, o bien pueden emerger del conjunto de la realidad social como modelos regulatorios —como sucede después de la creación de la red.

En un sentido más restringido, sin embargo, la tecnología disponible, especialmente la que afecta los modos de pensamiento y expresión, crea el marco antropológico de cognición y comunicación dentro del cual se hallan los sistemas de regulación mismos. Es en este sentido que suelen aceptarse cuatro grandes marcos generales y sucesivos acerca de lo que Richard Susskind denominó hace algún tiempo a grandes rasgos "subestructura informacional":[1] (i) oralidad (comunicación por medio del habla), (ii) escritura (simbolismo ideográfico o gramatical), (iii) imprenta (reproducción mecánica de la escritura y de la imagen), (iv) tecnologías de la información (automatización del modo de capturar, compartir y comunicar información).

Susskind no está solo en la tarea de reformular la concepción de la naturaleza de la regulación y del derecho. El trabajo de los filósofos, antropólogos y sociólogos de la segunda mitad del siglo XX también ha tendido a subrayar la transformación profunda que el desarrollo del simbolismo y el conocimiento provoca en la construcción de las sociedades humanas.[2]

Hace solamente veinte años eran muy pocos los que tenían un correo de Internet (NSFnet). Hace diez años eran muy pocos los que poseían un teléfono móvil. No nos acordamos ya. La tecnología ha quedado incorporada a la vida cotidiana de ciudadanos, empresas, consumidores y administraciones como si de un fenómeno natural se tratase, porque en el fondo eso es lo que es: el modo que tiene la cultura humana de evolucionar y reconstruir permanentemente sus relaciones consigo misma y con la naturaleza.

El presente capítulo es una introducción al campo de la tecnología, la inteligencia artificial y la Web Semántica. Descontando la introducción y las palabras finales, dividiré este capítulo en cinco partes. En las dos prime-

[1] Susskind, R. *The Future of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996. Este planteamiento ha sido retomado por el autor desde los primeros capítulos de *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford University Press, 2008, reed. aumentada y corregida 2010.

[2] Para citar sólo algunas aportaciones importantes, *cfr.* Ong, W. *Orality and Literacy: The Technologizing of the Word*, 2nd ed., Routledge, New York, 2002 [1982]; Goody, J. *The Domestication of Savage Mind*, Cambridge University Press, 1977; Elster, J. *Explaining Technical Change*, Cambridge University Press, 1983; Castells, M. *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Alianza Editorial, Madrid, primera edición 1997-1998, segunda edición 2000-2003, tercera edición 2005-2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ras, introduciré los campos de la inteligencia artificial (IA) y de la inteligencia artificial y el derecho (IA & D). En la tercera introduciré la Web Semántica (WS) y las ontologías jurídicas. Distinguiré luego las cuatro perspectivas existentes respecto a la WS —con una atención específica al denominado XML jurídico [*Extended Mark-up Language*, *Legal XML*] y a la perspectiva pragmática adoptada desde el Instituto de Derecho y Tecnología de la UAB[3] — y, finalmente, voy a plantear qué significan para la democracia y el derecho los principios del *Linked Open Data* (LOD), y expondré la noción de "derecho relacional".

El lector encontrará en nota el aparato crítico del que voy a prescindir en el texto. Gran parte de los materiales en este campo pueden encontrarse *online* y son de libre acceso.[4]

I. Inteligencia artificial: sistemas multi-agentes (MAS), instituciones electrónicas, sistemas dialécticos

En la actualidad, hay una convergencia entre el estudio de la inteligencia natural y la artificial.[5] En realidad, siguiendo su movimiento habitual, la atención de la IA, como siempre, sigue altamente focalizada en los resulta-

[3] http://idt.uab.cat

[4] El lector interesado puede encontrar una bibliografía de unos 2.500 títulos sobre la historia de la IA hasta el año 2003 en el Proyecto *Building a Future for Software History* de la Universidad de Iowa, http://www.cbi.umn.edu/research/shbib.pdf [última consulta: 15/04/2012]. Los artículos de la Wikipèdia son bastante completos: (i) http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_artificial_intelligence (ii) http://en.wikipedia.org/wiki/Category:History_of_artificial_intelligence (iii) http://en.wikipedia.org/wiki/Computational_science (iv) http://en.wikipedia.org/wiki/Semantic_Web. Desde 2009 los artículos y contribuciones históricas del MIT a la ciencia son de libre acceso: http://dspace.mit.edu/ . Resultan especialmente interesantes para nosotros los relativos a la IA y a las ciencias de la computación: http://dspace.mit.edu/handle/1721.1/5458. Hay dos artículos especialmente útiles de Pearl Goldman: (i) "Legal Education and Technology II: An Annotated Bibliography," *Law Library Journal*, vol. 93, 3, 2001, pp. 423-467, y (ii) "Legal Education and Technology II: An Annotated Bibliography", *Law Library Journal*, vol. 100, 2008, pp. 415-528. en: http://www.aallnet.org/main-menu/Publications/llj/LLJ-Archives/Vol-93/pub_llj_v93n03/2001-21.pd y http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1338741 . El W3C mantiene una colección de publicaciones y libros sobre la Web Semántica: http://www.w3.org/wiki/SwBooks#Workshop_and_conference_proceedings.2C_and_paper_collections_in_the_past_three_years

[5] *Cfr.* Shi, Zhongzhi**,** "Foundations of Intelligence Science", *International Journal of Intelligence Science*, vol. 1, 2011, pp. 8-16.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

dos de la ciencia empírica. Sólo que se ha desplazado del antropocentrismo inicial de los años setenta y ochenta a un contexto de referencia más amplio, donde las ciencias cognitivas siguen siendo centrales, pero en convergencia con la biotecnología, la nanotecnología y otras disciplinas. Esto se sigue de la percepción de que el cerebro, para decirlo con Minsky y Luc Steels es más un "enorme, ramificado, rápido apaño improvisado" que el fruto de un diseño minuciosamente planificado.[6]

Este nuevo paradigma (nano-bio-info-cogno: NBIC) se concibe explícitamente como una "tecnología con rostro humano", centrada en las necesidades de los individuos y en las posibilidades crecientes de la tecnología aplicadas a fines económicos, sociales, médicos y terapéuticos.[7] *Inteligencia social*, *inteligencia incorporada* y *computación evolutiva*, constituyen el marco cooperativo donde va a moverse la inteligencia artificial en los próximos años.[8] Y, naturalmente, como tendremos ocasión de comprobar, en escenarios dominados por la evolución y los problemas de la red.

Hay tres líneas de investigación general que parecen particularmente prometedoras. En atención al derecho, deben tenerse en cuenta: (i) los sistemas multiagentes [*Multi-Agent Systems*, MAS]; (ii) las instituciones electrónicas (o "instituciones virtuales"); (iii) los sistemas computacionales dialógicos. Hay otras dos más, incluidas en el ámbito de lo que denominaré más tarde "derecho relacional" [*relational law*] y que afectan a los sistemas de mediación, negociación y gestión y resolución de conflictos. Pero las expondré en la última sección del capítulo.

[6] Steels, L. "Fifty Years of AI: From Symbols to Embodiment - and Back", en M. Lungarella *et al*. (eds.) *50 Years of AI, Festschrift*, LNAI 4850, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2007, p. 21.

[7] *Cfr.* Roco, M.C. y Bainbridge, W.S. *Converging technologies for Improving Human Performance. Nanotechnology, Biotechnology, Information technology and Cognitive Science*. Arlington (Virginia): USA National Science Foundation/DOC-sponsored report, 2002; Aguiló, J. (Coord.). *Tecnologías Convergentes NBIC. Situación y Perspectiva 2005*. CSIC, Barcelona, 2005.

[8] Véase sobre la noción de "inteligencia social", Davenport, E. "Social intelligence in the age of networks", *Journal of Information Science*, vol. 26 , num. 3, , 2000, pp. 145-152; sobre "inteligencia artificial incorporada (o encapsulada)" [*embodied artificial intelligence*], Pfeifer R. e Ilida, F. "Embodied Artificial Intelligence: Trends and Challenges", in F. Ilida *et al*., *Embodied Artificial Intelligence*, LNAI 3139, Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2004, pp. 1-26; sobre "inteligencia incorporada" y robótica, Brooks R.A. "Intelligence without representation", *Artificial Intelligence*, vol. 47, 1991, pp. 139-159; sobre la noción de "computación evolutiva" [*evolutionary computing*], Yao X. "Evolutionary computation comes of age", *Journal of Cognitive Systems Research*, vol. 1, 1999, pp. 59-64.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Un "agente" es un programa autónomo que reacciona a un ambiente [*environment*] y realiza acciones dirigidas a fines.[9] Un "sistema multiagente" (MAS) es un sistema compuesto por diversos agentes que interaccionan entre si y se dirigen a finalidades y problemas colectivos.[10] Típicamente, los MAS presentan características de auto-organización, coordinación y cooperación. Por ello su ámbito de simulación básico es el de las denominadas *sociedades artificiales*, donde se producen propiedades colectivas emergentes no programadas en un principio.[11]

Los sistemas multiagente están específicamente diseñados para alcanzar fines colectivos y reproducir características de comportamiento de los grupos humanos. Por ello han recibido últimamente atención algunas de sus propiedades cognitivas que habían sido anteriormente consideradas como no computables —e.g. las emociones, las intenciones o la capacidad de mentir y engañar.[12]

Hay que añadir a esto que, desde 2005 aproximadamente, el impulso dado a los sistemas multiagente desde la IA ha propiciado una reactivación del interés por los sistemas normativos, por la estructura lógica de las normas, y por el comportamiento dinámico que muestran los agentes inteligentes en relación a ellas. Antes éste era un campo casi exclusivamente cultivado desde la filosofía (lógica descriptiva y modal) o desde la teoría y filosofía del derecho. Por citar sólo unas pocas, las obras pioneras de H. von Wright en lógica de la acción y, en teoría del derecho,[13] las obras de

[9] "Concebimos a los agentes como entidades computacionales que exhiben un comportamiento racional complejo cuando actúan en un sistema multi-agente." Sierra, C. y Noriega, P. "Towards layered dialogical agents", *Intelligent Agents III Agent Theories, Architectures, and Languages ECAI'96 Workshop (ATAL) Budapest, Hungary, August 12–13, 1996 Proceedings*, LNCS 1193, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 1997, p. 173; un "agente autónomo" es "un sistema situado en (y como parte de) un determinado ambiente que percibe [*senses*] este ambiente y actúa temporalmente sobre él persiguiendo sus propios objetivos, de manera tal que afecta lo que puede percibir en el futuro" , M. Schumacher M. y Ossowski, S. "The Governing Environment", en D. Weyns, H. Van Dyke Parunak, and F. Michel (eds.), E4MAS 2005, LNAI 3830, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2006, pp. 88-104.

[10] Axelrod, R. *The complexity of cooperation: agent-based models of competition and collaboration*. Princeton studies in complexity. Princeton University, New Jersey, 1997.

[11] Gilbert, N.y Conte, R. *Artificial Societies. The Computer Simulation of Social Life*. Routledge, London and New York, 1995.

[12] Castelfranchi, C. "Symposium on Cognition and Rationality: Part I. Relationships between rational decisions, human motives, and emotions". *Mind & Society*, vol. 5, 2006, pp. 173-197.

[13] En relación a la informática jurídica, Antonio A. Martino, primer director del ITTIG-CNR de Florencia de 1983 a 1992, ha seguido esta línea lógica. *Cfr.* Martino, A.A.; Chini, A. *Logica, informatica, diritto. Dall'informatica giuridica alle nuove tecniche legislative*, Franco Angeli, Milano, 2000.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Alf Ross sobre discurso y lógica normativa, y las de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin sobre sistemas normativos siguen siendo una referencia.[14] Pero en estos momentos, el interés se centra en la recuperación del marco normativo desde la dinámica concreta de los agentes que se enfrentan a la emergencia, interacción, negociación y contradicción normativa en un entorno de simulación o de programación (no solamente como cálculo).[15]

La atención a las normas sociales y jurídicas se sigue, pues, de esta perspectiva. Es lo que los investigadores denominan "sistemas multiagentes regulados" y la consiguiente "programación orientada a las normas".[16] El análisis se basa en la posibilidad de regular las interacciones y, de manera más abstracta, en la "computación como contrato", una semántica de aplicación exhaustiva de reglas sobre actos de habla emitidos por los agentes. La Fig. 1. muestra la estructura de una institución electrónica —en este caso una lonja de pescado— diseñada por Pablo Noriega en el programa del IIIA-CSIC.

[14] Véase además la diferencia clara entre informática jurídica documental, de gestión y decisional constituye una de las propuestas conceptuales que se derivan de esta perspectiva. *Cfr.* Guibourg, R.; Alende, J.O. y Campanella, E.M., *Manual de Informática Jurídica*, Ed. Astrea, B.A., 1996. De Guibourg, véase asimismo, *La Construcción del Pensamiento (Decisiones metodológicas)*, Colihue, Buenos Aires, 2004. (véase adenñasm INFORMÁTICA JURÍDICA)

[15] Hay que hacer referencia a las obras recientes de Guido Boella, Guido Governatori, Leendert van der Torre, Giovanni Sartor, Nino Rotolo, Régis Riveret, Clara Smith. Es interesante notar la convergencia producida entre la teoría del derecho, la ciencia cognitiva y la ciencia de la computación en la conceptualización previa a las formalizaciones propuestas. *Cfr.* por todos, Boella, G.; van der Torre, L., "Substantive and procedural norms in normative multiagent systems", *Journal of Applied Logic*, vol. 6, 2008, pp. 152–171. Hay ya algunos foros internacionales bien establecidos dedicados a este tema. Eg. La *International Conference on Autonomous Agents and Multiagent Systems* (AAMAS).

[16] García Camino, M.; Rodríguez Aguilar, J.A.; Sierra, C., y, Vasconcelos, W. "A Rule-based Approach to Norm-Oriented Programming of Electronic Institutions", *ACM SIGecom Exchanges*, vol. 5, núm. 1, 2006, pp. 33-40.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

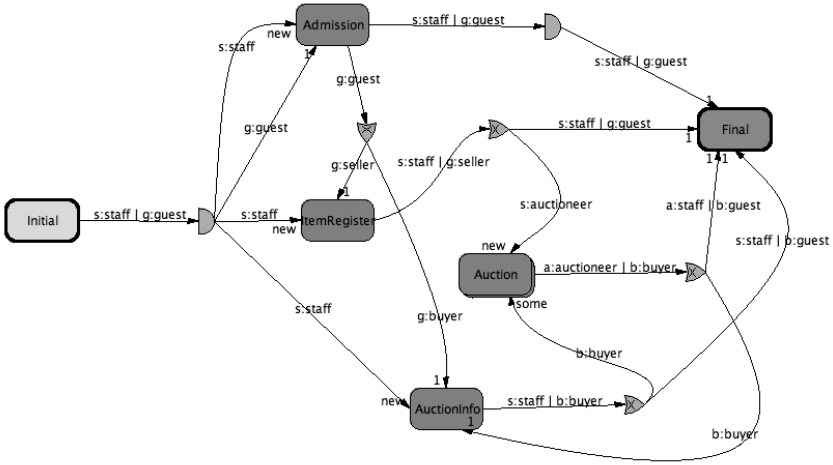


Figura 1: Estructura de una institución virtual (subasta): modelada por Pablo Noriega en el IIIA-CSIC.

Nótese que los agentes inteligentes no se limitan a simulaciones: pueden insertarse en plataformas o parques de servicios para los usuarios. Esta característica los hace particularmente interesantes para el desarrollo de la administración y la justicia electrónicas.

La tercera línea de investigación —los sistemas dialécticos— se halla estrechamente vinculada con la perspectiva anterior y, de hecho, se encabalga también con el trabajo realizado en los últimos años en Inteligencia Artificial y Derecho (IA & D). Describiré, pues, esta línea en la última parte de la siguiente sección.

II. Inteligencia artificial y Derecho: Replicar Lo Insensato

1. *Los orígenes de Inteligencia Artificial y Derecho (IA & D)*

Desde el principio, la IA & D nació con el objetivo de solucionar un conjunto de problemas específicos que se plantean en el ámbito jurídico. Algunos de estos problemas son conocidos y persisten hasta hoy: la organización de las grandes bases de datos, la clasificación y ordenación de textos jurídi-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

cos que varían con el tiempo (leyes, reglamentos, sentencias…), el interfaz con los distintos tipos de usuarios, el modelado de las operaciones realizadas por los agentes políticos (legística) y jurídicos (razonamiento judicial, razonamiento por casos, resolución de problemas), el modelado de determinados ámbitos del conocimiento jurídico (especialmente en derecho financiero y en cálculo de tasas e impuestos), el modelado de la argumentación razonable en función de normas o de precedentes.[17]

Con el nacimiento de las grandes bases jurídicas de datos, privadas o públicas, en los años setenta y ochenta, el interés por los sistemas de clasificación en bases relacionales se incrementó. Los precedentes son muchos y distintos para cada país.[18] En los años sesenta, este campo se denominó *jurimetría*.[19] En los años setenta y ochenta empezó a ser conocido como INFORMÁTICA JURÍDICA.[20] Las técnicas de IA han ocupado desde entonces una posición central en su desarrollo, como recogen también los manuales más recientes.

Pero, más allá de la documentación y de la archivística, que se enfrentan por cierto a problemas que están siendo retomados hoy por la investigación semántica, la IA se centró casi desde el principio en los problemas

[17] *Cfr.* los Manuales incluidos en la bibliografía al final del capítulo, véase: Pérez-Luño (1986), Guibourg y Chini (1996), Martino *et al*. (2000), Bourcier (2003), Sartor, G. (2008), Durante y Pagallo (2012), así como el volumen colectivo editado por Paliwala, A. (2010), con interesantes aportaciones de primera mano de algunos pioneros en informática jurídica, sistemas expertos e IA & D.

[18] Lucien Mehl, en Francia; Jon Bing, en Suecia; Vittorio Frosini, Antonio A. Martino, Mario Losano, en Italia. *Cfr.* Bourcier, D. *Savoir innover en droit, systèmes, concepts, outils, Hommage à Lucien Mehl*, (avec Louise Cadoux) La Documentation française, Paris, 1999; Bing, J. "Let there be LITE: A brief history of legal information retrieval", en Paliwala, A. Op. cit. 2010, pp. 21-52.

[19] *Cfr.* Loewinger, L., "Jurimetrics: the Next Step Forward", *Minnesota Law Review*, vol. 455. *Cfr.* de Mulder, R.; Noortwik, K.v, y, Combrink-Kuiters, L. "Jurimetrics, please!", en Paliwala, A. *op. cit.*, pp. 147-178.

[20] *Cfr.* Véanse las notas 13 y 14 respecto a A.A. Martino y R. Guibourg. Asimismo, Pérez-Luño, AE., *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987; Sánchez Mazas, M., *Obras Escogidas. vol. II. Lógica, Informática y Derecho*. Universidad del País Vasco, Donostia, San Sebastián, 2003, y el programa *Ars Judicandi*, 1987; González Tablas, R., *La informática jurídica: una aproximación experimental desde la filosofía del derecho*, Universidad de Sevilla, 1987; Aguiló Regla, J. *Informática jurídica, lenguajes documentales y técnica legislativa*, Universidad de Alicante, 1989. *Cfr.* para Latinoamérica, http://es.wikipedia.org/wiki/Federacion_Iberoamericana_de_Asociaciones_de_Derecho_e_Informatica y http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_informático. Aires Rover ha lanzado recientemente en Brasil la revista *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov .

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

planteados por el modelado del *conocimiento*, los *conceptos*, la *ARGUMENTACIÓN* y el *RAZONAMIENTO* JURÍDICOS. Empezando por su contenido, forma y representación. En 1990, Edwina Rissland definía la IA como "el estudio de los procesos cognitivos utilizando los marcos conceptuales y los instrumentos de la ciencia computacional".[21]

Sus precedentes se remontan a la lógica griega, a la tópica y retórica latina y medieval, y al formalismo de Pascal y Leibniz. Quizás podríamos restringir un poco más el ámbito si limitáramos la investigación al modelado y automatización del discurso jurídico *qua* discurso. Es decir, al modelado de la *racionalidad* subyacente a los textos, funciones, procesos y operaciones jurídicas.

Aún así puede comprenderse la dificultad del intento. Especialmente durante los años que sucedieron a las expectativas abiertas por los primeros sistemas expertos en derecho, y que acabaron en cierta decepción práctica.[22] Resulta ya típica la educada reacción académica de filósofos, juristas y científicos sociales ante las obras que provenían del campo de la computación. Dicho con cierta rudeza: intelectualmente brillantes, desgraciadamente inútiles.

An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning (1987), la publicación de la tesis de Anne Gardner, fue saludada por la *Harvard Law Review* en 1988 como un libro "escrito exclusivamente para sofisticados estudiantes de inteligencia artificial".[23] Con más preocupación fue recibida la transcripción lógica que realizaron Marek Sergot y Bob Kowalski (1986) de la *British Nationality Act* de 1981.[24] Y aun tan tarde como en 2001, un autor nada sospechoso de prejuicios, Cass Sunstein, negaba que el programa de Kevin Ashley, HYPO, pudiera realizar correctamente un razonamiento jurídico

[21] Rissland. E. "Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 99, 1999, p. 1957. Asimismo, *cfr.* Rissland, E.; Ashley, K.; Loui, R.P., "AI and Law: A fruitful synergy", *Artificial Intelligence,* vol. 150, 2003, pp. 1-15.

[22] La crítica interna más famosa, junto con la realizada a la filosofía de H.L.A. Hart, quizás sea la que Philip Leith ha mantenido de forma consistente durante más de treinta años a la "arrogante" simplificación de los problemas jurídicos que los sistemas expertos pretendían modelar. Véase su memoria intelectual en "The Rise and Fall of the Legal Expert System", en Paliwala, *op. cit.* 2010, pp. 179-201.

[23] La reseña era un poco más perversa. Según la *Harvard Law Review* la profesora Gardner había escrito "un programa que puede identificar temas de un examen típico sobre contratos en el primer año de carrera". *Cfr. HLR*, núm. 101, 1998, p. 1080.

[24] Sergot, M.J.; Sadri, F.; Kowalski, R.A.; Kriwaczek, F.; Hammond, P., y, Cory, H.T., "The British Nationality Act as a Logic Program". *Communications of the ACM,* vol. 29, núm. 5, 1986, pp. 370-386.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

por analogía, "como un auténtico jurista", puesto que no podía realizar juicios valorativos.[25] Es una equivocación típica.

Quizás el lector se haya dado cuenta ya que detrás de este tipo de críticas se halla, por un lado, además del correcto reconocimiento de la dificultad de la tarea, el desconcierto inicial que suele acompañar a los cambios tecnológicos. Pero por otro, está también la misma falacia mimética —la falacia del isomorfismo de segundo orden— que ha perseguido a la IA desde sus inicios: no se trata de que ningún programa razone "como un jurista" o "como un juez", sino de que sus resultados puedan incardinarse de forma inteligente en las tareas cotidianas que realizan los jueces y abogados.

Es cierto que se ha debatido mucho sobre el juez artificial, la posibilidad de que sea un programa, y no una persona humana, quien dicte sentencia. Pero este tipo de programas sobre el "juez autómata", que tanta literatura ha generado, estaban ya fuera de discusión cuando nació la *International Association for Artificial Intelligence and Law* (IAAIL) en 1992,[26] el mismo año que apareció el primer volumen de *Artificial Intelligence and Law*.[27] Como las múltiples aplicaciones a la sanidad y a la medicina han demostrado, no se trata de sustituir el criterio del médico (o del juez) por un programa, sino de ampliar y reforzar su capacidad de diagnóstico.

La organización de un ámbito propio en 1992 constituyó un punto de llegada.[28] Empezaron también hasta hoy los dos grandes encuentros de la materia. JURIX (anual), en 1988; ICAIL (bianual), en 1987. Pero las relaciones de IA con el derecho son más antiguas, y se remontan a los inicios de los años cincuenta, puesto que este campo constituyó uno de sus ámbitos específicos de aplicación. Pamela Gray ha ordenado en años y etapas los

[25] Sunstein también distinguía entre una versión fuerte y una versión débil de la IA. Sunstein, C.R., "Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning", *University of Chicago Law School Roundtable*, vol. 8, 2001, pp. 31–32. *Cfr.* con la respuesta crítica de Engle entre programas estáticos (con reglas de producción fijas) y programas dinámicos (con capacidad de aprender). Engle. E. "Smoke and Mirrors or Science? Teaching Law with Computers —A Reply to Cass Sunstein on Artificial Inteligence and Legal Science", *Richmond Journal of Law and Technology*, vol. 9, 2003, pp. 1-16. véase también sobre este punto, Aikenhead, M. "A Discourse on Law and Artificial Intelligence", *Law and Technology Journal* vol. 5, núm. 1, 1996, http://www.law.warwick.ac.uk/ltj/5-1c.html .

[26] Berman, D. y Hafner, C. "The Potential of Artificial Intelligence to Help Solve the Crisis in Our Legal System", *Communications of the ACM*, vol. 32, núm. 8, 1989, pp. 928-938.

[27] Véase la editorial del primer número (1992: 1-2), para la definición de los objetivos de la revista.

[28] Un buen estado de la cuestión online, con referencias históricas se encuentra en http://www.aaai.org/AITopics/pmwiki/pmwiki.php/AITopics/Law .

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

sucesivos logros de estas aplicaciones que siguen en paralelo los avances de las corrientes principales de IA. Los temas se replican unos a otros, incorporándose a su vez al desarrollo del tema siguiente: (1) lenguaje jurídico, (2) lógica deóntica, (3) procesamiento por reglas, (4) procesamiento por casos, (5) estratificación del razonamiento, (6) razonamiento procedimental, (7) coordinación de tareas múltiples.[29]

Hace unos doce años, esta IA que entraba en la reflexión jurídica "políticamente virgen".[30] había desarrollado programas de investigación como HYPO,[31] CABARET [*CAse-BAsed REasoning Tool*],[32] GREBE,[33] TAXMAN,[34] CATO [*Case Argument TutOrial*],[35] CATO-Dial,[36] PROSA [*PROblem Situations in Administrative law*],[37] PROLEXS.[38]

La mayoría se basaban en el razonamiento por casos para modelar analogías y precedentes judiciales, y han tenido hasta la fecha una aplicación pedagógica. Su fundamento es el de los sistemas expertos y el del razonamiento basado en casos [*Case-based reasoning*, CBR],[39] aunque algunos programas se desarrollaron sobre la base de redes neuronales. Es el caso de

[29] Gray, Pamela N., *Artificial Legal Intelligence*, Aldershot, England, Dormouth, 1997, p. 68. Otra vez, la reseña del *Harvard Journal of Law & Technology* empezaba así: "El libro de Pamela Gray's *Artificial Legal Intelligence* ofrece una visión imaginativa, utópica de la implementación tecnológica del razonamiento jurídico". S. M. McJohn, *Harvard Journal of Law & Technology* , vol. 12, núm. 1, 1998.

[30] Como escribía Gray, *ibídem.*

[31] Rissland E.L y Ashley, K. D., "A Case-Based System for Trade Secrets Law". *Proc. 1st Intl. Conf. on Artificial Intelligence and Law*, 61-67. ACM Press, New York, 1987.

[32] Skalak D. B. y Rissland E. L. "Argument moves in a rule-guided domain". *Proc. 3rd Intl. Conf. on Artificial Intelligence and Law,* 1-11. ACM Press, New York, 1991.

[33] Branting, K., "Reasoning with Portions of Precedents". *Proc. 3rd Intl. Conf. on Artificial Intelligence and Law,* 145-154. ACM Press, New York, 1991.

[34] McCarty, L. T., "On the Role of Prototypes in Appellate Legal Argument", ICAIL-91, Oxford, ACM, 1991, p.p. 185-190.

[35] Aleven, V. y Ashley, K.D., "Teaching Case-Based Argumentation Through a Model and Examples", *Proc. 8th World Conf. AI in Ed. Soc.* IOS Press: Amsterdam, 1997, pp. 87-94; Ashley, K.D**.,** "Designing Electronic Casebooks that Talk Back: The CATO Program", 40 *Jurimetrics Journal*, 2000, pp. 275-319.

[36] Ashley, K.D.; Desai, R., y, Levine, J.M. "Teaching Case-Based Argumentation Concepts using Dialectic Arguments vs. Didactic Explanations", in S.A. Cerri , G. Gouardères, F. Paraguaçu. (eds.) *ITS 2002*, LNCS 2363, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2002, pp. 585-595.

[37] Muntjewerff, A.J., y, Groothuismink, J. "PROSA. A computer Program as Instructional Environment for Supporting the Learning of Legal Case Solving", *JURIX-2008*, IOS Press, 1998.

[38] Oskamp, A.; Walker, R.F.; Schriks, J.A., y, Van Den Berg, P.H. "PROLEXS, DIVIDE and RULE: a legal application", *ICAIL-89,* ACM, 1989, pp. 54-62.

[39] Susskind, R.S., *Expert Systems in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

MARILOG, un sistema para la aplicación de ordenanzas municipales de control de los niveles de ruido,[40] y de SCALIR [*Symbolic and Connectionist Approach to Legal Information Retrieval*].[41]

2. *Desarrollos de IA & D*

Desde entonces, la revolución ha llegado no solamente de la mano de la filosofía o de la ciencia, sino también del cambio social provocado por el propio desarrollo de la tecnología. La extensión de la globalización económica y cultural, la convergencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en Internet, más la generalización del ordenador personal que durante toda la década de los noventa creó las condiciones para el actual desarrollo de la red.[42] Las instituciones jurídicas se han adaptado, con lentitud al principio, luego de forma acelerada y no siempre ordenada ni efectiva, al cambio.[43]

Esto a su vez ha condicionado los escenarios posibles imaginados por los desarrollos de la AI & D, puesto que ha habido siempre, aunque con éxito desigual, la intención de aplicar los resultados teóricos a la mejora de las instituciones y de las profesiones del derecho. Voy a retomar aquí el hilo anterior, porque hay tres líneas de investigación abiertas que redimensionan de otro modo las relaciones del derecho con la tecnología, y ésta con campos de estudio tradicionales como la argumentación jurídica, la lógica y la filosofía del derecho. Las dos primeras son los sistemas multi-agentes (instituciones virtuales) —ya expuestos— y la teoría de la argumentación basada en sistemas dialécticos. La tercera, más abierta, viene constituida por las investigaciones vinculadas a la *Web Semántica* y al *Linked Open Data*, a los que me referiré en las próximas secciones.

[40] Bochereau, L.; Bourcier, D. y, Bourgine, P. "Extracting Legal Knowledge by Means of a Multilayer Neural Network Application to Municipal Jurisprudence", *Proceedings of the Third International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ACM, NY, 1991.

[41] Rose, D.E.; Belew, R.K. "Legal Information Retrieval: A Hybrid Approach", in *Proceedings of the Second International Association on Artificial Intelligence and Law*, ACM, NY, 1989.

[42] *Cfr.* Castells, M., *op. cit.* y *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society*. Oxford University Press, 2001.

[43]. *Cfr.* Fabbri, M. y Contini, F. *Justice and Technology in Europe: How ICT is Changing the Judicial Business*, Kluwer Law International, The Hague, 2001. Contini, F., Lanzara, G. *ICT and Innovation in the Public Sector: European Studies in the Making of E-Government: European Perspectives in the Making of E-government (Technology, Work and Globalization)*, Palgrave MacMillan, London, 2009.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

En el actual desarrollo de la argumentación es visible el influjo de la denominada "lógica informal" en los años ochenta y noventa, y del trabajo intenso de Douglas Walton[44] en la recuperación de los sistemas dialécticos, basados en la calidad de los argumentos contradictorios enunciados en un proceso dialógico (entre dos interlocutores).[45] Los nuevos modelos son procedimentales, retoman el modelo argumentativo de Toulmin y aceptan la distinción de Walton entre *esquemas de argumentación* [*argumentation* o *argument schemes*] y *reglas de inferencia lógica*. Los esquemas de argumentación son una reformulación de la antigua tópica: formas argumentales que capturan pautas e inferencias de razonamiento material en múltiples dominios.

Aunque, a diferencia de los autores clásicos de la argumentación, como Perelman o el propio Toulmin, la noción de lógica y la de estructura argumentativa no responden a criterios de verdad epistémicos distintos. Dicho de otro modo, la lógica se concibe *sólo* como instrumento (y no como modelo epistémico) para modelar la forma de los argumentos, incluidos los esquemas de argumentación y la estructura inductiva de las inferencias del modelo de Toulmin.[46] La lógica es entendida, entonces, como no-monotónica,[47] y los argumentos como "derrotables" o "cancelables".[48]

[44] Walton, D., *The New Dialectic. Conversational Context of Argument*, The University of Toronto Press, Toronto, 1995; "The Place of Dialogue in Logic Computer Science, and Communication Studies", *Synthese,* vol. 123, 2000, pp. pp. 327–346.

[45] *Cfr.* Feteris, E. y Prakken, H. "Introduction: Dialectical legal Argument: Formal and informal models, *Artificial Intelligence and Law*, núm. 8, p. 107. *Cfr.* Casanovas, P. "La argumentación en derecho: supuestos pragmáticos y cognitivos para la construcción de sistemas inteligentes", en C. Lozares (ed.), *Interacción, redes sociales y ciencias cognitivas*, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 313-344.

[46] Esto significa que ni la deducción, ni la función de verdad son consideradas esenciales. *Cfr.* Prakken, H., *Logical Tools for Modelling Legal argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer A.P., Amsterdam, 1997, p. 23.

[47] La deducción usada en lógica requiere que la información sea completa, precisa y consistente. Pero en la argumentación en contextos reales nos encontramos con información incompleta, inexacta y muchas veces inconsistente. En esto consiste el "sentido común". Una lógica es monotónica si la verdad de una proposición no cambia al añadir información nueva (axiomas) al sistema. Una lógica es no-monotónica si la verdad de una proposición puede cambiar al añadir información nueva al sistema (axiomas) o al eliminar información que exista previamente. Véase: http://cs.wwc.edu/~aabyan/Logic/Nonmonotonic.html

[48] Es visible aquí el influjo de: (i) filósofos como J.L. Pollock ("Defeasible reasoning", *Cognitive Science*, núm. 11, pp. 1987, 481-518; "Justification and Defeat", *Artificial Intelligence*, núm. 67, 1994, pp. 377-407; y sobre todo *Cognitive Carpentry. A Blueprint for How to Build a Person*. The MIT Press, Cambridge, Mass. 1995; (ii) psicólogos como P. Thagard (*Conceptual Revolutions*, Princeton University Press, 1992) y (iii) en menor medida, la reformulación de J.R. Searle de la estructura de los actos sociales (*The Construction of Social Reality*. Simon and Schuster, New York, 1995). Especialmente la obra de J.L. Pollock (1940-2009) es importan-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Este rasgo busca convertir a esta aproximación no sólo en particularmente apta para la representación del derecho, sino también para los agentes que interaccionan entre si en sistemas multi-agentes (MAS) que negocian, cumplen o no cumplen obligaciones y generan expectativas sobre el comportamiento esperado de otros agentes. Es el supuesto adoptado, al menos. Argumentación y computación son en la actualidad dos campos mutuamente convergentes, con el común denominador de la formalización y su aplicabilidad en sistemas de IA.[49]

Obsérvese que, en relación a las formulaciones teóricas en IA & D, estas investigaciones siguen en mayor o menor medida la vía de la ARGUMENTACIÓN inserta en la razón práctica derivada de la influyente obra de Robert Alexy.[50] Habría que distinguir aquí entre las distintas versiones de la argumentación ofrecidas desde el razonamiento basado en casos y la IA,[51] filosofía del derecho y la IA,[52] la lógica en derecho y la IA,[53] la "lógica jurí-

te aquí, aunque él no aceptase nunca la interpretación de la filosofía jurídica sobre su obra. véase http://oscarhome.soc-sci.arizona.edu/ftp/publications.html

[49] *Cfr.* Feteris E., "A Survey of 25 Years of Reserach on Legal Argumentation", *Argumentation*, núm. 11, 1997, pp. 355-376.; para un estado de la cuestión un poco más tarde, véase Reed C. y Norman T.J. "A Roadmap of Research in Argument and Computation", *Argumentation Machines: New Frontiers in Argument and Computation*, Kluwer Academic Publ., Amsterdam, 2003, pp. 1-13.; sobre agentes y argumentación, Norman, T.J.; Carbogim, D.; Krabbe, E.C.B., y, Walton, D. "Argument and Multi-Agent Systems", en C. Reed y T.J. Norman (eds.), *Argumentation Machines: New Frontiers in Argument and Computation*, Kluwer Academic Publishers, Amsterdam, 2004, 15-54. ARAUCARIA, un programa para los diagramas de argumentos, fue creado a partir de 2001 http://en.wikipedia.org/wiki/Araucaria_software. Los desarrollos de los últimos años, como veremos más tarde, siguen la orientación de la interoperabilidad y se insertan como instrumentos de la Web Semántica.

[50] Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (1979). Traducción castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo, *Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. *Cfr.* también Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos.* Ed. Ariel, Barcelona, 1996.

[51] Bench-Capon, T.; Freeman, J.B.; Hohmann, H., y, Prakken, H. "Computational Models, Argumentation Theories, and Legal Practice", en C. Reed y T.J. Norman (eds.) *op. cit.* pp. 85-120.

[52] Sartor, G., *Legal Reasoning. A Cognitive Approach to the Law*. Treatise. vol. V. Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2005.

[53] Prakken, *op. cit.*, 2007

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

dica", el procedimiento jurídico y la IA[54] y la propia teoría argumentativa y la IA.[55]

Aunque muy similares entre si, las posiciones son distintas, y la formalización y los resultados resultantes, también. La posición de Bench-Capon, e.g., se basa en algoritmos de computación sobre los pasos necesarios para la reconstrucción de la racionalidad del resultado en determinados casos, mientras la de Prakken se basa en cálculos instrumentales exclusivamente lógicos. La posición de Hage, e.g. se decanta por una "lógica jurídica de la justificación" racional,[56] mientras la de Sartor se halla más orientada a la intencionalidad del diálogo y a la validez jurídica del acuerdo, con un mayor peso de la cognición o del "derecho como tecnología cognitiva".[57] La obra pionera de Gordon, no permitía ni se planteaba la naturalidad del diálogo entre las partes, mientras el juego entre locutor e interlocutor de Lodder busca conscientemente este objetivo.

Sea como sea, los distintos tipos de diálogo, el modelado de controversias, los sistemas dialécticos de argumentación, constituyen hoy una de las líneas sólidas de investigación, que resume, además, el trabajo hecho en AI & D sobre generación de argumentos en los programas ya construidos (CABARET, CATO etc…).[58]

III. Web semántica y ontologías jurídicas

1. *La primera y segunda generación de la Web Semántica*

El problema inicial fue perfectamente formulado por McCarthy:[59]

> […] nadie sabe cómo construir una base de datos general del sentido común que pueda ser usada por cualquier programa que necesite el conocimiento. [...]. En mi

[54] Gordon, T., *The Pleadings Game – An Artificial Intelligence Model of. Procedural Justice*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1995.

[55] Lodder A.R., *DiaLaw. On Legal Justification and Dialogical Models of Argumentation*, Kluwer A.P., Amsterdam, 1999.

[56] Hage, J. *Studies in Legal Logic*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2005.

[57] Sartor, G. "Fundamental legal concepts: a formal and teleological characterisation", *Artificial Intelligence and Law*, vol. 14, 2006, pp. 101-142

[58] Véase el útil cuadro comparativo realizado por Bench-Capon *et al.* de generación y selección de argumentos sobre los programas ya existentes. *Op. cit.*, 2003, pp. 113-114.

[59] McCarthy, J., "Generality in Artificial Intelligence", Turing Award Lecture, *Communications of the ACM*, vol. 30, núm.12, 1987, p 1030.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

> opinión, obtener un lenguaje para expresar el conocimiento de sentido común para incluirlo en una base de datos es el problema central de la generalidad en IA.

En otras palabras, el problema del modelo —y esto no es contradictorio con lo que he dicho en la primera sección de este capítulo— es la complejidad del objeto del que parte. En el caso de la IA, es el *conocimiento*. Pero ¿de qué? y ¿cómo se obtiene?

Es importante volver a las lecciones aprendidas en la construcción de los sistemas expertos. Ed Feigenbaum denominó a este problema "knowledge acquisition bottleneck". En realidad, en 1973, se refería a la obtención *y uso* del conocimiento base.[60] Pero la expresión hizo fortuna porque ponía de manifiesto uno de los problemas de los sistemas expertos: ¿de qué modo adquiere el ingeniero el núcleo de conocimiento que va a modelar? ¿Existe este núcleo, o sucede más bien que el conocimiento es un conjunto dinámico que crece mediante un sistema no regular de innovación y extensión?

En un extremo, se requiere el conocimiento lo más preciso posible de un ámbito concreto;[61] en el otro extremo, como McCarthy formulaba, se requiere escalar al conjunto material de habilidades conocidas por "sentido común" o conocimiento material para que las consultas a un sistema experto tengan sentido y se realice la correspondencia [*matching*] entre problemas y soluciones. Es decir, para que las respuestas encuentren a sus preguntas.

Bien: en esto consiste la red. Visto desde este punto de vista, ésta es una enorme base de bases de datos, que ahora pueden ser ya vinculadas de objeto a objeto (y no solamente mediante los vínculos a páginas Web). Y el fragmento, aquí, es tan importante como el conjunto. La clave está en la semántica y los lenguajes de anotación, un aspecto al que la IA ha estado particularmente atenta desde las redes semánticas de los años setenta. Estos intentos de modelar un conocimiento base de naturaleza lingüística más amplia han resultado en la proyección pública de las ontologías y la denominada *Web Semántica* (WS).[62]

[60] Feigenbaum, E.A., "A Personal View of Experts Systems: Looking Back and Looking Ahead", Knowledge System Laboratory, Report núm. 92-41 KSL, Stanford, 1992, pp. 13-14.

[61] Por eso D. E. Forsythe y B. G. Buchanan , "Knowledge Acquisition for Expert Systems: Some Pitfalls and Suggestions", *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics*, vol. 19, núm. 3, 1989, pp. 435-442, recomendaban al final retornar a los métodos de la antropología y de la sociología cualitativa para evitar las simplificaciones en los modelos y garantizar su usabilidad.

[62] véase. Hendler, J. y Feigenbaum, E.A. ,"Knowledge is Power: The Semantic web Vision", N. Zhong *et al.* (eds.) *WI 2001*, LNAI, 2198, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, pp. 18-29.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Las ontologías provienen del tratamiento del problema de Feigenbaum. Una "ontología" es el modo de formalizar el contenido conceptual del conocimiento humano socialmente compartido, de tal forma que pueda ser comprendido, compartido y gestionado por máquinas también[63]. La metodología de construcción jurídica conceptual en la WS se lleva a cabo mediante las denominadas *ontologías jurídicas*, es decir, las estructuras editadas que delimitan el alcance de los conceptos, relaciones e instancias de un determinado campo del derecho, y permiten que los programas lo extiendan y apliquen a partir de inferencias consideradas válidas o razonables.

La Web Semántica, consiste en una serie de lenguajes distribuidos por capas que permiten la gestión de los objetos de conocimiento y su tratamiento como datos, a partir de lenguajes de anotación semántica —como RDF [*Resource Description Framework*] y OWL [*Ontology Web Language*]. RDF permite describir mediante tripletas que manifiestan conocimiento factual y terminológico; OWL, razonar (al menos dentro de ciertos límites) mediante clases y propiedades que modelan formalmente conceptos y las relaciones que hay entre ellos. Son lenguajes de grafos sobre XML [*eXtended Mark-up Language*] "serializados" (cómo se representan los datos en un fichero: puede usarse para ello Turtle[64] o Phyton, e.g).[65] El resultado es la gestión de la información: el vínculo de hipertextos, la conexión de objetos, y la recuperación de información de la red no a partir de palabras clave (términos), sino a partir de conceptos, es decir, del lenguaje natural mediante el que los usuarios de Internet o de las grandes bases de datos se expresan normalmente.[66]

[63] La definición más popular es la de Tom Gruber: "una especificación formal explícita de una conceptualización compartida de un determinado ámbito de interés." Gruber, T., "A Translation Approach to portable ontologies", *Knowledge Acquisition*, vol. 5, núm. 2, 1993, pp. 199-220. Una ontología comprende conceptos (clases), relaciones (propiedades), instancias y axiomas. Una definición más sucinta, debida a Studer y Staab (2003) es la siguiente: "un 4-tuplo ‹C,R,I,A›, donde C es un conjunto de conceptos, R un conjunto de relaciones, I un conjunto de instancias y A un conjunto de axiomas." Warren, P.; Studer, R.; Davies, J. "Introduction", en Warren, Davies, Studer (eds.), *Semantic Web Technologies*,Wiley & Sons Chichester, 2006, pp. 1-8.

[64] http://www.w3.org/2007/02/turtle/primer/

[65] La serialización es el proceso de convertir un objeto de forma que pueda transportarse fácilmente véase http://msdn.microsoft.com/es-es/library/90c86ass%28v=vs.80%29.aspx .

[66] La mejor introducción técnica a los lenguajes de la WS es, en mi opinión, Antoniou, G. y van Harmelen, F., *A Semantic Web Premier*, 2da Edición, New Haven, The MIT Press, 2008, [2004] traducción castellana de N. Casellas y M. Atencia, *Manual de Web Semántica*, Ed. Comares, Granada, 2010. véase también los capítulos contenidos en Domingue, J.; Fensel, D. y Hendler, J.A., *Handbook of Web Semantics Technologies*; Springer Verlag, Dordrect, Heidelberg, 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La tabla n. 1 sintetiza las tecnologías principales de la WS, distinguiendo entre las que corresponden a las iniciales HiperTexto de Tim Berners-Lee para la gestión de la red, y aquellas que propiamente dotan de estructura y significado a la información, transformándola de datos "etiquetados" o "marcados" mediante *metadatos* en un conjunto de conocimientos relacionados entre si, reutilizables y retroalimentados. Las Fig. 2 es una imagen reciente del ya muy conocido "pastel" por capas de la WS para organizar en una sola arquitectura sus funcionalidades.

Tecnologías de HiperTexto
IRI [*Internationalized Resource Identifier*], generalización de URI [*Uniform Resource Identifier*], facilita la identificación única de recursos semánticos para su posterior manipulación.
Unicode es un estándar de codificación de caracteres de múltiples lenguajes técnicos y lenguas naturales (incluyendo las antiguas). Apunta a la uniformidad, unicidad y universalidad de la representación.
XML [*Extended Mark-up Language*] es un lenguaje (en realidad un metalenguaje) de marcado o etiquetaje que define un conjunto de reglas para la codificación de documentos en un formato legible tanto para humanos como para máquinas.
Esquema XML [*XML Schema*] es un lenguaje de esquema que restringe la estructura y el contenido de los documentos XML, añadiendo abstracción.
Espacio de nombres XML [*XML Namespaces*] proporciona elementos y atributos con nombre único en una secuencia XML, ya que ésta puede contener nombres de elementos o atributos procedentes de más de un vocabulario. Sirve para la identificación única de elementos.
Tecnologías estándar de Web Semántica para dotar de significado a los datos estructurados
RDF Marco de Descripción de Recursos [*Resource Description Framework*] es un lenguaje de representación del conocimiento para crear secuencias (sentencias) en forma de tripletas [*triplets*]. Las convierte en expresiones con la forma sujeto–predicado-objeto (recurso-propiedad/relación-valor de la propiedad/relación) y posibilita su representación en forma de grafo.
Esquema RDFS [*RDF Schema*] (RDFS) extiende y dota de vocabulario básico a RDF. Mediante su uso es posible la creación de jerarquías de clases y propiedades. Proporciona los elementos básicos para la descripción de ontologías (o vocabularios RDF).
OWL Lenguage de Ontologías Web [*Web Ontology Language*] añade más estructuras para describir la semántica de las secuencias de RDF (cardinalidad, restricciones de valores, transitividad etc...). Se basa en lógica descriptiva y proporciona capacidad de razonamiento a la WS. Define clases, propiedades, instancias y operaciones.
SPARQL [***S**PARQL **P**rotocol **a**nd **R**DF **Q**uery **L**anguage*] permite buscar datos estructurados en RDF, RDFS y OWL. Se trata de un lenguaje de búsqueda estandarizado para la consulta de grafos y la construcción de aplicaciones de WS.

Figura 2. Tecnologías de la Web Semántica

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

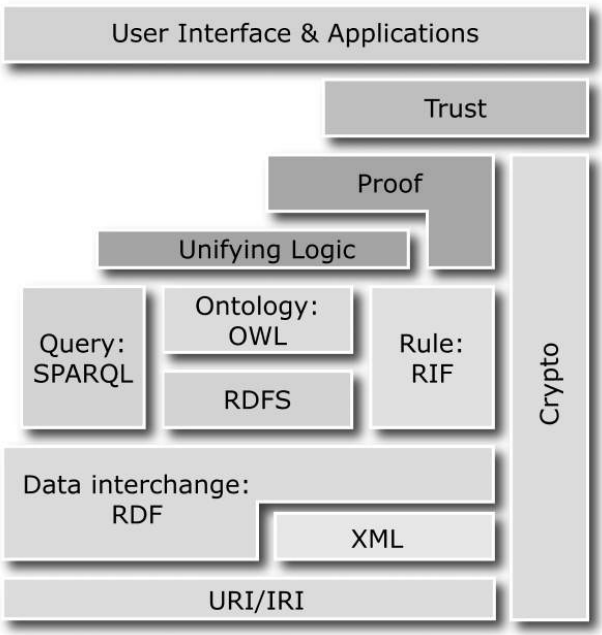


Figura 3. Capas de la Web Semántica (T. Berners-Lee). Versión de S. Bratt, 2007. Fuente (acualizada): W3C http://www.w3.org/2007/03/layerCake.png

Nótese que, a diferencia de la original de 2001,[67] esta segunda versión de la capa de lenguajes apunta ya a las aplicaciones concretas para los usuarios, a los denominados *Servicios Web*, es decir, sistemas de software para lograr la interoperabilidad en la red. Es una relación entre máquinas, pero en realidad se trata de facilitar las aplicaciones y aumentar la capacidad de gestión de los usuarios finales. Esta perspectiva enlaza con la segunda generación de la Web Semántica en la denominada Web de Datos [*Web of Data*] que veremos más tarde, apoyados en los pilares avanzados por John Davies, John Domingue, Dieter Fensel *et al*.[68] En este modelo, las comunidades de las redes sociales (Web 2.0) quedan integradas en el desarrollo de la tecnología para la interoperabilidad de los servicios (Web

[67] Véase el artículo de Jim Hendler "Agents and the Semantic Web", *IEEE Intelligent Systems Journal*, 2001 para encontrar la primera versión y compararla con la actual. *Cfr.* http://www.cs.rpi.edu/~hendler/AgentWeb.html

[68] Davies, J.; Potter, M.; Richardson, M.; Stinčić, S.; Domingue, J., y, González-Cabero, G. "Towards the Open Service Web", *BT Technology Journal*, vol. 26, núm. 2. http://www.btplc.com/innovation/journal/BTTJ/current/HTMLArticles/Volume26/25Towards/Default.aspx

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

3.0). Hay una apuesta clara por los Servicios Web basados en datos vinculados.[69]

Aunque se presenta como una sola, creo que hay dos direcciones en realidad que aún no se han integrado suficientemente: la de la segunda generación de la WS a partir del impulso inicial, donde los sistemas tratan de usar diversas ontologías y la escalabilidad intenta lograrse a partir de la fusión, alineamiento y contextualización de las mismas, y la dirección tomada por el denominado Datos Vinculados en Abierto o Datos Enlazados [*Linked Open Data, LOD*], menos enfocada a ontologías y más centrada en la vinculación de los datos encapsulados, tratados como grandes bases de datos en abierto.

Una sola orientación a la WS, dos estrategias sucesivas distintas. En 2009 Hendler las presentaba como *aspectos* conexos de la relación nivelada entre RDF y OWL: "El término 'datos vinculados' [*linked data*] se utiliza a menudo para describir el espacio evolutivo de RDF, y 'Web Semántica' se utiliza cada vez más para describir los datos vinculados acoplados con RDF y OWL".[70] La Fig. 3 reproduce su estructura.

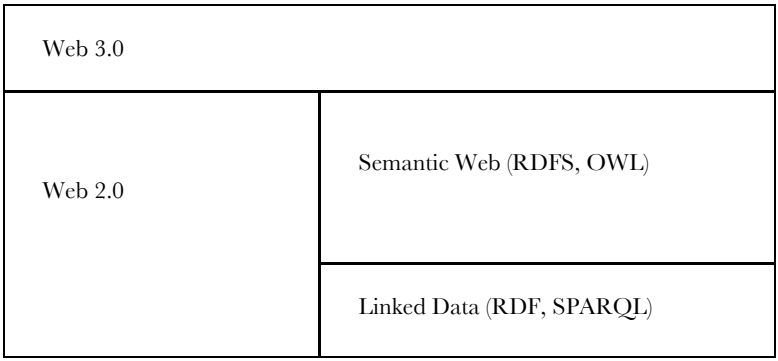


Figura 4. Relación entre la Web 2.0 y Web 3.0. Fuente: J. Hendler, 2009.

Como especificaré en las últimas secciones de este capítulo (6.1-6.3), es importante comprender la potencialidad de producir mezclas, híbridos *ad hoc* de información concretas denominados *mashups* (aplicaciones web híbridas)[71]. Una de las formulaciones más recientes, la estructura por capas de

[69] Pedrinaci, C. y Domingue, J. "Toward the Next Wave of Services: Linked Services for the Web of Data", *Journal of Universal Computer Science*, vol. 16, núm. 3 , 2010, pp. 1694–1719.
[70] Hendler, J. "Web 3.0 emerging", *Computer*, IEEE Computer Society, June 2009, p. 88.
[71] *Cfr.* http://es.wikipedia.org/wiki/Mashup (aplicacion_web_hibrida)

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Tim Davies para LOD sitúa a esta funcionalidad, junto a los motores de búsqueda y la integración productiva de datos, en la cima del pastel.[72] Otra vez, es la aplicación concreta y situada, el *uso* que los usuarios finales dan a la tecnología —lo que *hacen* creativamente con ella— lo que se considera más importante aquí. Esto cualifica el *empoderamiento* de los usuarios como una de las principales características del desarrollo actual de la WS. Antes de recuperar el hilo, sin embargo, me detendré un momento en el paso previo a este desarrollo y devolveré al lector a la descripción del contenido semántico de la red.

2. *Ontologías de alto nivel y ontologías jurídicas*

Hace unos años, había un gran interés por construir ontologías de alto nivel [*top ontologies* o *upper-top ontologies*],[73] como CYC,[74] WordNet,[75] SUMO,[76] PROTON[77] y DOLCE+.[78] Éstas sirven para capturar categorías y concep-

[72] Davies, T. "Open Data Impacts. What's in the Linked Open Data Stack?" Davies on May 2, 2011. Update: "Parts of the Linked Open Data Puzzle" (15.00, May 2nd) http://www.opendataimpacts.net/page/2/

[73] *Cfr.* http://en.wikipedia.org/wiki/Upper_ontologyinformation_science

[74] CyC [de *Encyclopedia*] http://sourceforge.net/projects/opencyc/ El Proyecto fue iniciado tempranamente por Douglas Lenat en 1984, y desarrollado luego por la compañía Cycorp a partir de 1994. *Cfr.* http://en.wikipedia.org/wiki/Cyc .

[75] WordNet no es propiamente una ontología, sino una enorme base de datos léxica de la lengua inglesa, donde nombres, verbos, adjetivos y adverbios se presentan agrupados en conjuntos de sinónimos cognitivos denominados *synsets*, expresando cada uno de ellos un concepto distinto. Es un proyecto de la universidad de Princeton (G. Miller) que en la actualidad contiene unos 117.00 synsets para 147.278 palabras. véase http://wordnet.princeton.edu/. El Proyecto europeo EuroWordNet, para diversos idiomas de la Comunidad, entre ellos el castellano, empezó en 1994 y se completó en 1999. *Cfr.* http://www.illc.uva.nl/EuroWordNet/

[76] SUMO [*Suggested Upper Merged Ontology*] http://www.ontologyportal.org/ . La primera versión fue presentada en 2000. *Cfr.* http://en.wikipedia.org/wiki/Suggested_Upper_Merged_Ontology

[77] PROTON [*Proto Ontoloy*] PROTON fue desarrollada en el Proyecto europeo SEKT (2004-2006) por Atanas Kiryakov, y tiene en la actualidad unas 250 clases y 100 propiedades. http://proton.semanticweb.org/ véase una presentación general de PROTON en http://proton.semanticweb.org/PROTON.ppt. Para su explicación: http://proton.semanticweb. org/D1_8_1.pdf .

[78] DOLCE+ [*Descriptive Ontology for Linguistic and Cognitive Engineering*] [DOLCE-2.1-Lite-Plus] es un conjunto axiomatizado de ontologias desarrolladas en el Laboratory of Applied Ontologies de Roma por Aldo Gangemi. La primera versión fue el resultado de WonderWeb (2002-2004), un proyecto europeo para la construcción de bibliotecas. Tiene una fuerte base cognitiva. véase la primera estructura básica presentada en http://wonderweb.semanticweb.org/deliverables/documents/D17.pdf (2002).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tos de un carácter epistémico o lingüístico muy general —causalidad, temporalidad, funcionalidad, etc. denominados también *meta-level Concepts*)— y conectan con esfuerzos anteriores en filosofía, semiótica y ciencia cognitiva para modelar la semántica de las lenguas naturales (como *Wordnet*) y el sentido común (*CommonKads*).

Tienen un carácter fundamental, para permitir posteriormente la descripción de dominios o ámbitos conceptuales más circunscritos a un tipo determinado de objetos. Esto puede comprobarse examinando la estructura de las categorías escogidas para cubrir la totalidad del significado y referencias semánticas de las frases producidas en niveles inferiores. Partiendo de "ente", o "entidad", este tipo de ontologías elabora una taxonomía o esquema jerárquico en forma de grafo que permite describir como un árbol la producción del significado.

Este esquema no se entiende como un transcendental lógico, o como un esquema categorial cerrado (a la manera de la filosofía), sino que constituye un conjunto de primitivos, que pueden presentarse formalizados o no, para las tareas prácticas de la ingeniería del conocimiento. Así se explican las diferencias en la construcción básica[79]. El gráfico de la Fig. 4 reproduce la arquitectura de PROTON. Si se compara con DOLCE[80], aparecen los distintos supuestos. DOLCE presupone la reificación de las relaciones e instancias a partir de esquemas de conexión lógicos (se presenta como una axiomatización). Para PROTON, esto no es necesario. La lógica tiene un papel mucho menor.

[79] *Cfr.* para una comparación, Mascardi, V.; Cordì, V., y, Rosso, P., "A Comparison of Upper Ontologies, Technical Report", DISI-TR-06-21, Genoa, 2006, http://www.disi.unige.it/person/MascardiV/Download/DISI-TR-06-21.pdf

[80] Gangemi, A.; Guarino, G.; Masolo, M.; Oltramari, A., y, Schneider, L.; "Sweetening Ontologies with DOLCE", *EKAW* 2002, pp. 166-181.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

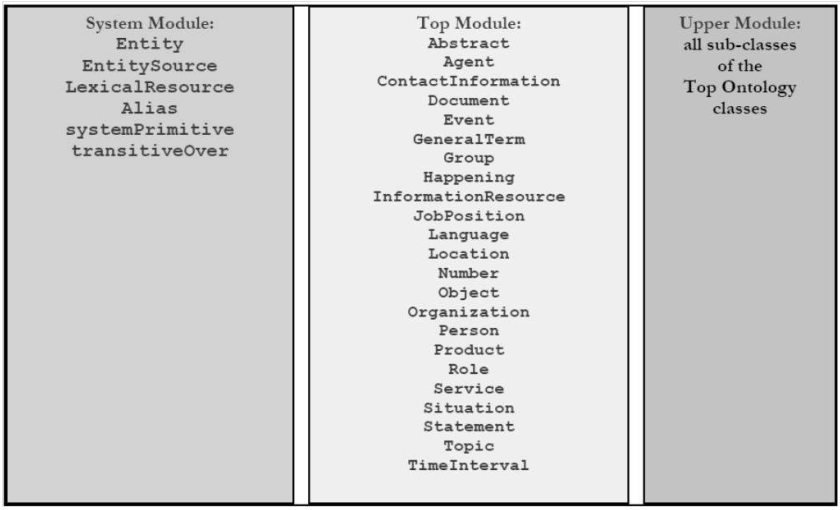


Figura 5. Arquitectura de PROTON: los tres módulos de alto nivel. Fuente: http://proton.semanticweb.org/D1_8_1.pdf

Las ontologías jurídicas, es decir, las ontologías que han sido construidas para el ámbito del derecho y que pueden conectarse a Wordnet o a una ontología de alto nivel, participan de esta diversidad, y la aumentan. También hace relativamente poco tiempo, era aún posible ofrecer un cuadro de casi todas las ontologías jurídicas construidas para distintos propósitos (*e-commerce*, *e-governance*, seguridad informática, etc…) especificando sus componentes básicos (su núcleo de conceptos), relaciones e instancias. Núria Casellas examinó y sintetizó en 2008 alrededor de cincuenta en su tesis doctoral; pero sólo cuatro años más tarde hay ya demasiadas para que esto resulte posible.[81]

Las más importantes son nucleares [*core-ontologies*], puesto que modelan los conceptos más generales (*norma jurídica*, *proceso*, *función*, *acto*…), buscan su reusabilidad en múltiples dominios, y se relacionan con un esquema previo construido a partir (o teniendo en cuenta a) la teoría jurídica.[82] Cada onto-

[81] Casellas, N. *Legal Ontology Engineering: Methodologies, Modelling Trends, and the Ontology of Professional Judicial Knowledge*. Law, Governance and Technology Series núm. 3, Springer Verlag, Heidelberg, Berlin, 2011Casellas, pp. 109 y ss. véase especialmente el cuadro de las pp. 147-150.

[82] Quizás las más completas en este sentido sean FBO [*Frame-based Ontology of Law*], FOLaw [*Functional Ontology of Law*], y LRI-Core Ontology. Véase su descripción en N. Casellas, *op. cit.* loc. cit. *Cfr.* asimismo Valente, A. "Types and Roles of legal Ontologies", en V.R. Benjamins, P. Casanovas, J. Breuker, y, A. Gangemi, *Law and the Semantic Web* LNAI

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

logía refleja en parte el proceso de su construcción y la aproximación teórica y metodológica escogida.

La Ontología de Conocimiento Profesional Judicial [*Ontology of Professional Judicial Knowledge*, OPJK, 2006], por ejemplo, modela el conocimiento experto de los magistrados españoles en relación a los problemas no contemplados por la ley que suelen presentarse en la situación de guardia. Piénsese en juzgados de primera instancia e instrucción alejados de los grandes núcleos urbanos. El prototipo construido era *Iuriservice*, un i-FAQ que podía responder preguntas realizadas en lenguaje natural utilizando esta ontología para discriminar la respuesta correcta a la pregunta entrante formulada, en función del sentido de las 800 preguntas/respuestas almacenadas. Las preguntas fueron el resultado de dos encuestas sobre los problemas de los jueces egresados de la Escuela Judicial Española (tres promociones) y de dos extensas campañas etnográficas en más de 100 juzgados españoles. Las respuestas fueron proporcionadas por los magistrados con experiencia de la misma Escuela, que habían ya pasado por situaciones similares (levantamientos de cadáver sin presencia del forense, actuaciones urgentes de los servicios sociales, situaciones complicadas de alejamiento en casos de violencia doméstica, internamientos en hospitales en casos de desorden mental etc…). La ontología conectaba unas y otras mediante el cálculo de la distancia semántica entre los conceptos. La Fig. 5 muestra la estructura de clases del grafo de conceptos fundamentales.

3369, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2005, pp. 65-76 para un repaso sintético de LRI-Core, LKIF, OPJK etc. También Breuker, J.; Casanovas, P.; Klein, M.C.A., y, Francesconi, E. (eds.) *Law, Ontologies and The Semantic Web. Channelling the Legal Information Flood*. IOS Press, 2009 Recientemente hemos vertido algunos de los artículos más importantes de los años noventa y del primer decenio del 2000 al castellano. Vid. Vallbé, J,J.; Fernández-Barrera, M.; Casellas, N., y, Casanovas, P., *Web Semántica y ontologías jurídicas. Aplicaciones para el derecho en la nueva generación de la red*. Ed. Comares, Granada, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

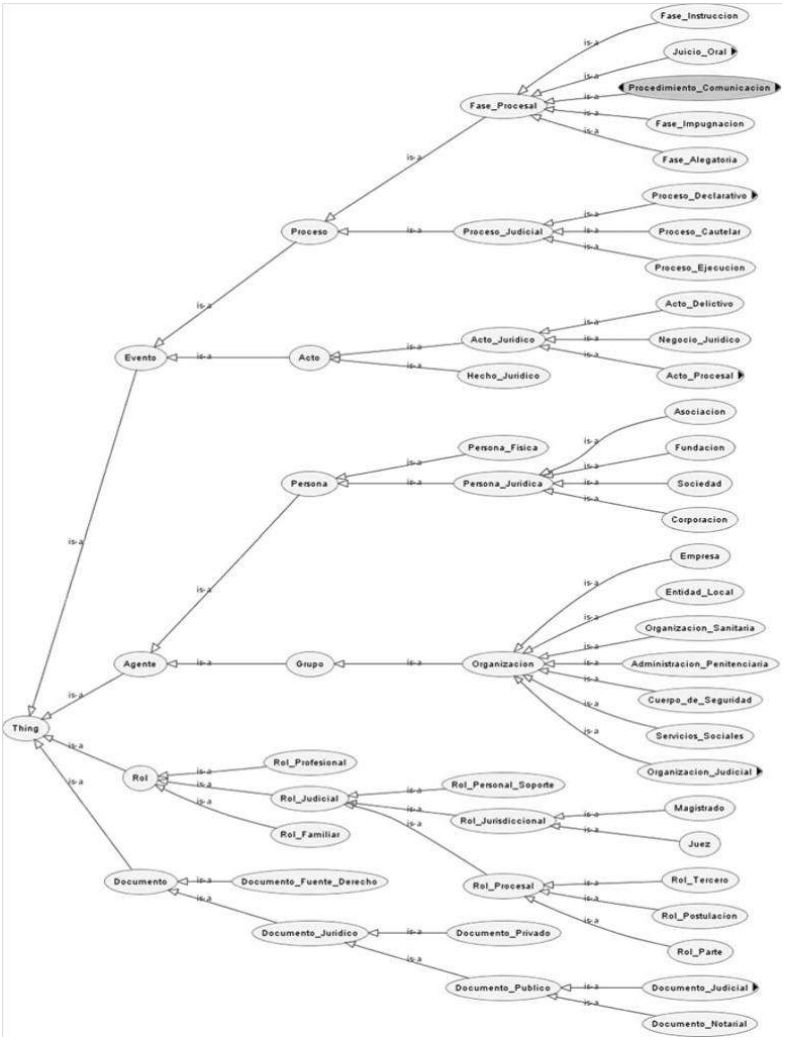


Figura 6. Estructura de clases de OPJK . Fuente: Núria Casellas (2008).

Esta perspectiva es muy distinta, como veremos, de la escogida en LKIF o en Akoma Ntoso, puesto que el nivel de abstracción y granularidad de una ontología se mide por los objetivos que motivan su construcción y el campo al que debe ser aplicada. El proceso de su gestación es laborioso, y combina técnicas de extracción semiautomática de términos con las técnicas de diálogo con los expertos, la comunidad y los usuarios. Suelen sucederse las versiones, y surgen inconsistencias. En el caso de OPJK, su evolu-

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ción propició el desarrollo y aplicación de MORE [*Multi-version Ontology Reasoning System*].[83] Al final, la ontología lograba emparejar las preguntas entrantes con las respuestas apropiadas a los problemas de la guardia, tal y como pudo validar el proceso de pruebas de usuarios finales conducido por J.J. Vallbé.[84]

Sin abandonar esta línea de investigación, en la actualidad el esfuerzo tiende a concentrarse más en los sistemas de consulta (SPARQL) y en los de definición e intercambio de reglas (RIF/SWRL), y menos en la construcción ontológica y en el desarrollo de OWL. Las ontologías "ligeras" [*light-weighted* ontologies] se consideran preferibles a las más pesadas o completas (difícilmente sostenibles). Sin embargo, recurriré más tarde a un ejemplo para mostrar que la orientación de la red a *Open Linked Data* exige también la reutilización de ontologías de alto nivel para que la consecución de los fines resulte operativa a nivel práctico.

Cabe observar que de la misma manera que el conocimiento social producido en la Web 2.0 se distribuye masivamente y se disemina en la red, en el centro de la Web de Datos se hallan los mismos usuarios que consumen y producen —"prosumen"— este conocimiento. Esta atención directa al usuario concreto, cualquiera que sea el rol que tenga —ciudadano, consumidor, activista político, organización, empresa, administración, etc.— conduce a una *personalización* de la web, a la que ya no se accede solamente desde una terminal de ordenador, sino desde cualquier teléfono móvil o *tablet*.

IV. Perspectivas sobre la Web Semántica

1. *Enfoques argumentativo y pragmático: interacción y plataformas de servicios jurídicos*

¿Qué impacto puede tener la Web Semántica en los estudios sobre el derecho? ¿En qué ámbitos puede encontrar aplicación? ¿Por qué es importante?

[83] Huang, Z.; Slobasch, S.; van Harmelen, F.; Casellas, N., y, Casanovas, P., "Dynamic Aspects of OPK Legal Ontology", en P. Casanovas; G. Sartor; N. Casellas; R. Ruino (eds.) *Computable Models of the Law. Languages, Dialogues, Games, Ontologies.* LNAI 4884, Springer Verlag, Heidelerg, Verlin, 2008, pp. 113-129.

[84] Vallbé, J.J., *Models of Decision-Making: Facing Uncertainty in Spanish Judicial Settings*, 2009. Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona. Disponible en: http://db.tt/SlbfvNpj.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Ha habido ya algunos proyectos europeos de investigación del VI y VII Programa Marco para su desarrollo.[85] No hay duda que en la *gestión del conocimiento jurídico* la WS tiene una aplicación inmediata, puesto que permite una mejor descripción, clasificación, y gestión de los contenidos jurídicos en las grandes bases de datos, y un acceso más fácil a los datos jurídicos diseminados en la red.[86]

En segundo lugar, igualmente, las operaciones de redacción de textos legislativos (legística), las de redacción, almacenamiento y búsqueda de sentencias, y las de redacción de contratos pueden gestionarse mejor a partir de lenguajes semánticos. Las funciones y *tareas de los operadores jurídicos* —legisladores, jueces, magistrados, fiscales, abogados…— pueden añadir complejidad inicial a su realización para reducir luego sus costes de almacenamiento, recuperación y transformación.

Pero, en tercer lugar, donde creo que resulta imprescindible su uso es en la *gestión del conocimiento (y de la regulación) de y a través de Internet*. La administración, el comercio, los mecanismos de resolución de conflictos en línea (ODR), el fácil acceso a la justicia y la propia relación política de los ciudadanos —no solamente a través del voto electrónico— presentan hoy en día la misma dimensión semántica que los buscadores como *Google* han empezado ya a implementar.

En efecto, la Web 3.0 se basa casi enteramente en la organización, clasificación e interconexión semántica de datos, con resultados esperanzadores en proyectos de aplicación social, política y jurídica (gestión de redes sociales, educación, seguridad, gestión de conflictos, control de la criminalidad…). Últimamente este tipo de desarrollos ha despertado un interés creciente entre los juristas especializados en tecnología.[87] Y ha dado lugar

[85] El lector puede consultar los programas de investigación dedicados a IA y derecho en Casanovas, P.; Sartor, G.; Casellas, N., y, Rubino, R. (eds.) *Computable Models of the Law. Languages, Dialogues, Games, Ontologies*, LNAI, 4884, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2008. Los principales han sido e-POWER, SEKT, ALIS, ARGUGRID, DALOS, ESTRELLA y OPENKNOWLEDGE. Se han elaborado modelos de documentos jurídicos, conceptos, casos, normas, e interacciones. Aparte del conocimiento práctico argumentativo, también se ha modelado el legislativo (DALOS) y judicial (SEKT). En la Universidad de Zaragoza, Fernando Galindo organizó a partir de un proyecto europeo del VI Programa Marco la red académica europea y latinoamericana LEFIS (http://www.lefis.org/ , http://lefis-esp.blogspot.com.au/).

[86] Sartor, G. (ed.) *Legal Informatics andManagement of Legislative Documents*, Global Centre for ICT in Parliament, WP 2, January 2008. http://www.ictparliament.org/sites/default/files/WP002_legislativeinformatics.pdf

[87] *Cfr.* Galindo, F. y, Rover, A. *Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento*, Series LEFIS, núm. 7, Universidad de Zaragoza, 2009; Fernández-Barrera M.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

también, como veremos, a aplicaciones jurídicas y modelos más basados en la negociación que en el etiquetaje de normas y textos legales.[88]

Grosso modo, hay en la actualidad cuatro aproximaciones distintas al derecho y a la WS. Las denominaré (i) *argumentativa*, (ii) *pragmática* (o sociojurídica), (iii) *cognitiva* y (iv) *normativa*, respectivamente, en función del conjunto de presupuestos que asumen y la metodología empleada tanto para la adquisición de conocimiento como para el desarrollo ontológico.[89] Podrían distinguirse algunas más, desde la gestión de conocimiento e.g., pero creo que éstas son las fundamentales, puesto que construyen una visión teórica cohesionada y homogénea y definen un objeto jurídico de estudio con matices distintos. Cada una constituye algo así como un tipo ideal o *kit* instrumental, con sus ciclos iterativos, sus metodologías y su forma de proceder.

Podría haber distinguido también un quinto enfoque, *lingüístico* (basado en la lingüística de corpus); sin embargo, las técnicas de procesamiento de lenguaje natural [*Natural Language Processing*] son transversales y utilizadas de forma creciente por todos en las diversas fases de la construcción de sistemas, ontologías y prototipos.[90]

Cada vez que se emprende un proyecto de investigación, éste contiene elementos de los cuatro enfoques, pero uno de ellos suele ser dominante respecto a la orientación final. El enfoque argumentativo continua la tradición de IA & D anteriormente descrito, esta vez mediante la incorporación de ontologías en OWL para el modelado de esquemas de argumentos.[91] La perspectiva pragmática, en cambio, modela su objeto a partir de los datos

et al. (eds.) *The Future of Law and Technology: Looking into the Future. Selected Essays*. European Press Academic Publishing, Florence, 2009.

[88] *Cfr.* e.g. el modelo argumentativo en tres fases de A. Lodder y J. Zeleznikow (2005), presentado por los mismos autores en *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology*, Cambridge University Press, 2010.

[89] *Cfr.* Sartor, G.; Casanovas, P.; Biasotti, M.A., y, Fernández-Barrera, M. (eds.) *Approaches to Legal Ontologies. Theories, Domains, Methodologies*. LGTS 1, Springer Verlag, Dordrecht, Heidelberg, 2011.

[90] Vid por todos, A. Wayner, *Proceedings of the ICAIL 2011 Workshop Applying Human Language Technology to the Law*, University of Pittsburgh School of Law, June 2011, http://wyner.info/research/Papers/AHLTL2011Papers.pdf. En Francia, los trabajos de D. Bourcier,. Sylvie Després, Sylvie Szulman, Guiraude Lame, y ahora Meritxell Fernández-Barrera. En Italia, Daniela Tiscornia y Ginevra Peruginelli.

[91] Véanse los pasos para lograr un Formato Interoperable de Argumentos [*Argument Interchange Format*] y una ontología para los esquemas y argumentos semi-estructurados de Walton, en Rahwan, I.; Banihashemi, I.; Reed, C., Walton, D, y, Abdallah, S., "Representing and Classifying Arguments on the Semantic Web", *Knowledge Engineering Review*, vol. 26, núm. 4, 2011, pp. 487-511.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

obtenidos en investigaciones empíricas que consideran el derecho como un proceso en el que intervienen agentes políticos y sociales que utilizan también soportes distintos a la escritura (como la oralidad, la imagen o la *kinesis* del movimiento en las interacciones).[92] Su ciclo de investigación e implementación es también más largo, puesto que intenta producir sistemas que se incardinan en contextos o escenarios sociales evolutivos.

De este modo, parte de un detallado conocimiento del contexto y de la conducta de los usuarios y los escenarios de aplicación de la tecnología, para producir luego modelos y prototipos que puedan incardinarse en ellos. Los métodos formales de análisis de la información contenida en las redes sociales resultan tan importantes aquí como el cuidadoso análisis etnográfico de las actitudes, interrelaciones y situaciones en los que los usuarios finales se ven envueltos.[93] Los procesos judiciales; los procesos de negociación, gestión y resolución de conflictos; las estructuras corporativas de gestión empresarial; las redes de gestión política de políticas migratorias, criminales o empresariales; entran en el campo inicial de análisis socio-jurídico. El conocimiento que se modela es así un "conocimiento situado" [*situated knowledge*].[94]

El enfoque pragmático consiste simplemente en operar las metodologías necesarias para producir una tecnología adecuada a las necesidades de los usuarios finales, involucrando a éstos desde el principio en su producción. Ésta es la vía seguida en los proyectos el Instituto de Derecho y Tecnología de la UAB.[95] La plataforma de ONTOMEDIA, —ahora adaptada a la tecnología móvil en CONSUMEDIA— constituye un ejemplo de este enfoque. El proyecto fue concebido para ofrecer servicios semánticos de mediación

[92] *Cfr.* Casanovas, P.; Casellas, N. Y, y, Vallbé, J.J. "Empirically Grounded Developments of Legal Ontologies: a Socio-Legal Perspective", en G. Sartor, P. Casanovas, M.A Biasiotti, M. Fernández-Barrera (eds.) *Approaches to Legal Ontologies. Theories, Domains, Methodologies*. LGTS 1, Springer Verlag, Dordrecht, Heidelberg, 2011, pp. 49-68.

[93] *Cfr.* para una relación bastante completa de programas para el anàlisis del contenido de las redes sociales, http://en.wikipedia.org/wiki/Social_network_analysis_software. Para una visión sobre etnografía y derecho desde la pragmática sociológica, *cfr.* el capítulo de Marta Roca sobre sociología del derecho europea, en esta misma obra.

[94] La idea de "conocimiento situado" y "cognición situada" [*situated cognition*] tiene tradición en IA y en computación, *cfr.* Clancey, W.J.; Sachs, P.; Sierhuis, M., y, van Hoof, R., "Brahms: simulating practice for work systems design", *Internatioanl Journal of Human-Computer Studies*, vol. 49, 1989, pp. 831-865.

[95] http://idt.uab.cat He ahondado un poco más en la explicación de la orientación del IDT en Algunas líneas de investigación en gestión del conocimiento jurídico. Web semántica, ODR y derecho relacional", *SCIRE. Representación y organización del conocimiento. Scire*, vol. 18, núm. 1, 2012, pp. 15-28.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tanto para los ciudadanos, como para los profesionales y a las agencias administrativas gubernamentales (Fig. 6).[96]

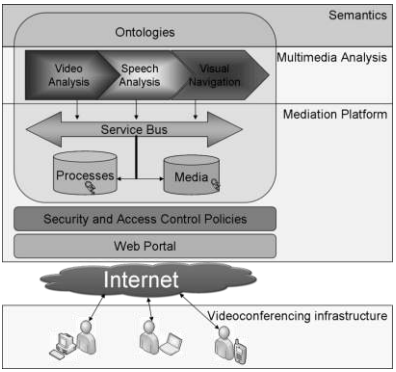


Figura 7 . Arquitectura de Ontomedia, de José-Manuel López Cobo. Fuente: P. Casanovas et al. 2011.

En la actualidad, este proyecto que implicaba la construcción semántica de la plataforma (mediante instrumentos de extracción semiautomática de ontologías y de implementación de videoconferencias para mediadores con sensores para proporcionar datos sobre la reacción emocional de las partes) ha tenido que ser adaptado a la tecnología móvil y a la exigencia de simplificación que ello conlleva. Los usuarios finales, en este caso aquellos que desean plantear una consulta o queja de consumo o necesitan información de cómo hacerlo, no esperan a estar delante de un ordenador: se impone la inmediatez del móvil o de la *tablet* y la posibilidad de operar desde cualquier lugar sin límites de espacio y tiempo.[97]

Esto complica las cosas, puesto que las nuevas aplicaciones suponen más trabajo previo de sistematización de la información para el usuario final

[96] *Cfr.* Casanovas, P.; Marta Poblet, M., y, López-Cobo, J.M.,"Relational Justice: Mediation and ODR through the World Wide Web", *Archiv für rechts-und sozialphilosophie, ARSP. ARSP – BEIHEFTE (24TH IVR WORLD CONGRESS) Beiheft*, vol. 131 – Human Rights, Language and Law (Edited by Oche Onazi and Thomas Bustamante) IV. Transformations in Legal Dogmatics and Private Law, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2011, pp. 145-156; Poblet, M-; Casanovas, P.; López-Cobo, J.L., y, Casellas, N. "ODR, Ontologies and Web 2.0", *Journal of Universal Computer Science*, *J.UCS*, vol. 17, núm. 4, 2011, pp. 618-634.

[97] La base de datos sobre localización de Agencias de Consumo en España al servicio de los ciudadanos y esible mediante móvil puede encontrarse en GeoConsum, IDT, 2011, https://play.google.com/store/apps/details?id=com.idt.ontomedia.geoconsum

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

(sin que él tenga que darse cuenta de la tecnología que hay por debajo).[98] Vid el gráfico de la Fig. 7.

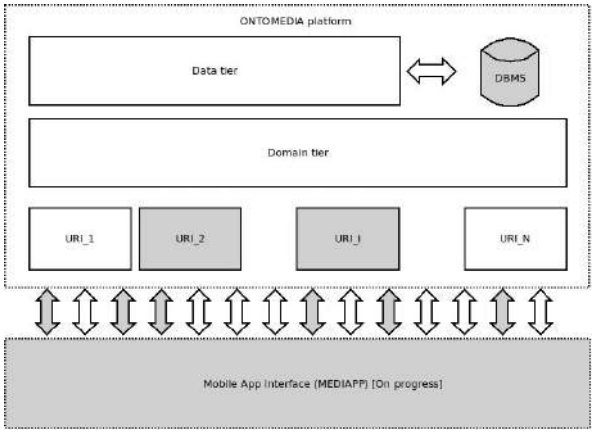


Figura 8. Interfaces MediWeb and MediApp para móvil. Fuente: González-Conejero, Meroño-Peñuela (2011).

2. *Enfoques cognitivo y normativo: XML jurídico*

A diferencia de la perspectiva anterior, los enfoques cognitivo y normativo se basan casi exclusivamente en el trabajo sobre el contenido de los textos jurídicos y en la información escrita y expresada en el documento en cuanto texto. Voy a concentrarme ahora en ellos, puesto que han desarrollado versiones avanzadas de XML jurídico, un objetivo largo tiempo perseguido en organizaciones como OASIS,[99] o en las iniciativas de clasificación de metadatos para la descripción de recursos como Dublin Core.[100] Los programas más desarrollados corresponden a MetaLex[101] y AkomaNtoso,[102]

[98] González-Conejero, J.; Meroño-Peñuela, A.; Suquet; y Martínez-Pujol, O, "Online Mediation Consumer Tools: MediWeb and MediApp", *eChallenges e-2011 Conference Proceedings* Paul Cunningham and Miriam Cunningham (Eds) IIMC International Information Management Corporation, *2011.*

[99] Organization for the Advancement of Structured Information Standards (OASIS) http://www.oasis-open.org/

[100] http://dublincore.org/

[101] http://doc.metalex.eu/

[102] http://www.akomantoso.org/

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

liderados por el Leibniz Center for Law de Amsterdam,[103] y el CIRSFID de Bolonia,[104] respectivamente. Pero no son los únicos. Existe otros también, que no expondré aquí.[105]

MetaLex constituye un conjunto de estándares para la descripción de la legislación holandesa.[106] (En la actualidad, cubre la casi totalidad de textos promulgados en sus distintas versiones a través de http://wetten.overheid .nl).[107] AkomaNtoso ["Corazones unidos"] constituye también un conjunto de estándares en XML automáticamente legibles para el intercambio y reusabilidad de documentos judiciales, legislativos y parlamentarios.[108] Empezó como un programa para el análisis y clasificación de los documentos en los Parlamentos africanos. Ambos conjuntos coincidieron en el proyecto europeo ESTRELLA (2007-2009),[109] y recogieron experiencias previas como la danesa LexDania y la italiana Norme-in-Rete, un programa desarrollado por el ITTIG[110] de Florencia y asumido por el gobierno italiano (antecedente del portal actual Normattiva).[111]

Fruto de esta colaboración, ambos programas lograron un acuerdo sobre la estructura abstracta de los documentos jurídicos para conseguir la interoperabilidad de los estándares (CEN-MetaLex Workshop, 2006, 2008).[112] La Figura 8 muestra la base comúnmente aceptada, basada en las directrices de FRBR [*Functional Requirements for Bibliographic Records*] de la

[103] http://www.leibnizcenter.org/

[104] http://www.cirsfid.unibo.it/

[105] Resulta ciertamente interesante para nosotros la existencia de una revista virtual en abierto que presta atención al XML jurídico, *Scire: representación y organización del conocimiento*, y que acepta trabajos en castellano, portugués e inglés, animada desde la Universidad de Zaragoza por Francisco García Marco, http://ibersid.eu/ojs/index.php/scire . Los I, II, y III Simposios de XML Legislativo e Informática Jurídica Documental han sido organizados en las universidades de Valladolid (2007), Valencia (2009) y Murcia (2011) por Mercedes Rodríguez, María José Vañó y Juan José Iniesta respectivamente.

[106] *Cfr.* Hoekstra, R., "The MetaLex Document Server Legal Documents as Versioned Linked Data", *Proceedings of the 10th International Semantic Web Conference* ISWC 2011, p. 7.

[107] Es decir, los textos legislativos y versiones servidas a través de http://wetten.overheid. nl. Los documentos MetaLex contienen por ahora 201,751,500 triples en cerca de 39.000 documentos. véase el servidor de MetaLex en http://doc.metalex.eu/.

[108] *Cfr.* Barabucci, G.; Cervone, L.; Palmirani, M. Peroni, S.;, y, Vitali, F. "Multi-layer Markup and Ontological Structures in Akoma Ntoso", en P. Casanovas, G. Sartor, N. Casellas, R. Rubino (eds.), *Artificial Intelligence and Complex Legal Systems*, AICOL Workshops 2010, LNAI 6237, Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, p. 134.

[109] http://www.estrellaproject.org

[110] http://www.ittig.cnr.it

[111] http://www.normattiva.it/

[112] http://www.cen.eu

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

IFLA:[113] (i) obra [*work*]: creación intelectual (o artística) diferenciada; (ii) expresión (o texto) [*expression*]: la realización intelectual o artística de una obra en forma de texto, sonido, imagen, movimiento… o una combinación de ellas; (iii) manifestación o copia [*manifestation*]: la forma específica intelectual (o artística) que recibe una obra cada vez que se "realiza", "materializa" o "actúa", (iv) ítem (o ejemplar) [*item*]: ejemplar concreto y determinado de una manifestación.

Nótese que la obra no se considera un objeto sino una entidad abstracta que se desglosa y materializa luego en diversos niveles. Cómo enlaza esta conceptualización con la teoría jurídica de las fuentes del derecho constituye un problema de primer orden, que CEN MetaLEX resuelve al nivel del texto, puesto que de lo que se trata es de reflejar en datos y metadatos operables las estructuras del derecho expresadas en los textos (leyes, reglamentos, sentencias…).

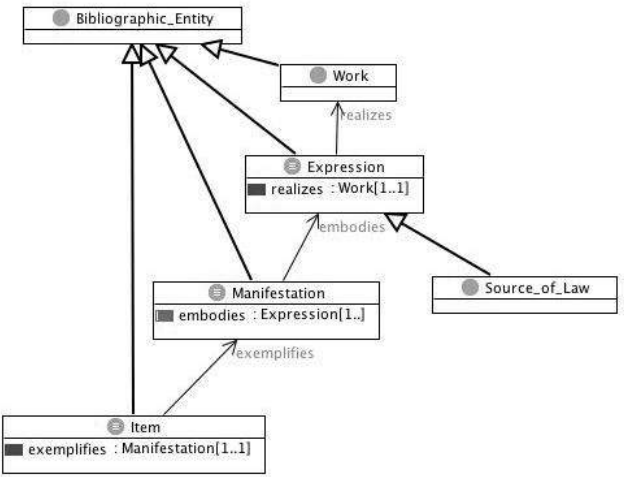


Figura 9. Jerarquía de entidades bibliográficas en META-LEX. Fuente: *CEN MetaLex Workshop Agreement* (2006)

A pesar del acuerdo de base, ambos enfoques mantienen diferencias en orientación, metodología, conceptualización y desarrollo. Akoma Ntoso está más cerca del documento, del texto como tal texto, a partir de una concepción normativa que tiene muy presente y refleja las estructuras de la teoría jurídica. La estructura de la Fig. 9 muestra el esquema general de

[113] http://es.wikipedia.org/wiki/FRBR

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Akoma Ntoso como un vocabulario de elementos y atributos, y como un conjunto mínimo de restricciones que todos los documentos deben respetar. Nótese la importancia del conjunto de "bloque de enmiendas" [*amendments*] (sobre la edición de textos original).

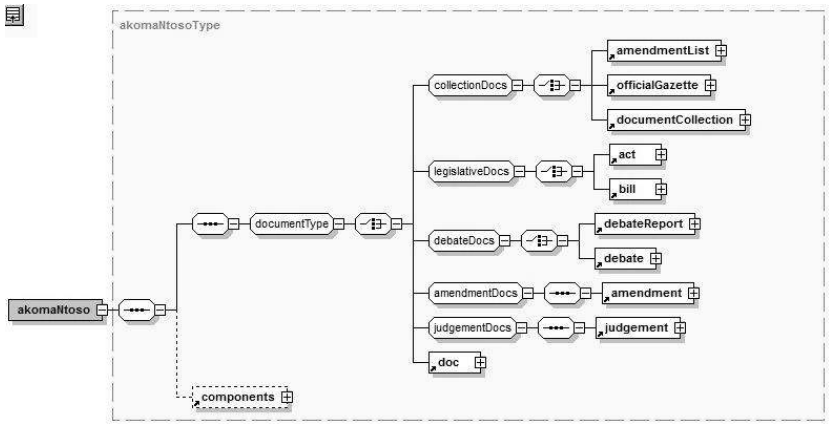


Figura 10. Elementos-fuente Akoma Ntoso root element. Fuente: Fabio Vitali. http://www.akomantoso.org/akoma-ntoso-in-detail/referencemanual-all-pages

MetaLex-LKIF, en cambio, se desarrolla a partir de modelos epistemológicos más basados en las ciencias cognitivas que en los sistemas normativos;[114] y ello tiene consecuencias importantes tanto para la programación en XML y RDF como para las ontologías nucleares utilizadas en los esquemas de razonamiento en OWL. Por ejemplo, considera las leyes parlamentarias como un aspecto intencional del hecho de producción de una norma: el texto es así contemplado como un resultado (a veces sub-óptimo) en relación a las acciones intencionales.[115] La Fig. 10 muestra los dos niveles superiores de la ontología fundamental de LKIF.[116]

[114] Breuker, J., y, Hoekstra, R. "A Cognitive Science Perspective on Legal Ontologies", en G. Sartor, P. Casanovas, M.A. Biasiotti, M. Fernández-Barrera, *Approaches to Legal Ontologies. Theories, Domains, Methodologies*, Springer Verlag, LGTS núm. 1, Dordrecht, Heidelbeg, 2011, pp.69-82.

[115] *Cfr.* Boer, A., *Legal Theory, Sources of Law, and the Semantic Web*, Frontiers in Artificial Intelligence and Applications, 195, IOS Press, Amsterdam, p. 165.

[116] Breuker; J.; Hoekstra, R., y, Boer, A. (eds.). *IST-2004-027655 ESTRELLA. Deliverable 1.4 OWL Ontology of Basic Legal Concepts (LKIF-Core)*, January 2007, p. 41. Véase el estado

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

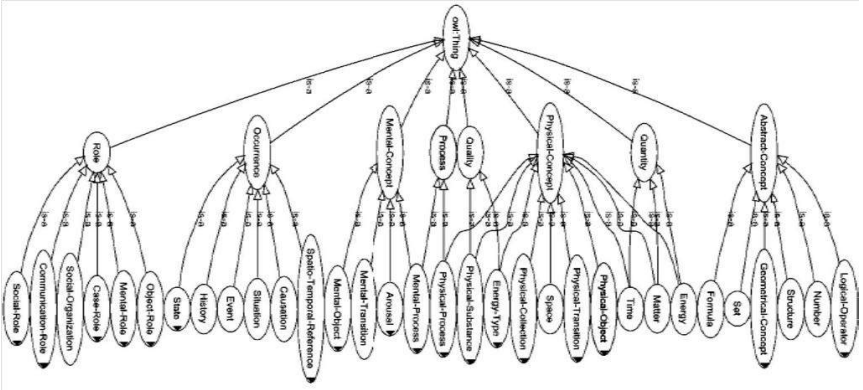


Figura 11. Primera formulación de los dos niveles básicos de la Ontología LKIF. Fuente: Breuker et al. ESTRELLA, D. 4.1., 2007

La perspectiva de Bolonia no posee este trasfondo marcadamente cognitivo y de psicología social. La relación con la base cognitiva se realiza en MetaLex de forma directa, fundacional: nótese el carácter categórico de sus conceptos fundamentales [*role*, *occurrence*, *mental concept*, *process*…]. En cambio, Akoma Ntoso se vincula a la cognición (causalidad, intencionalidad, acción) a través de la teoría jurídica que cualifica como tal al texto.[117] Las diferencias se perciben mejor en los desarrollos ontológicos, más allá de la base comúnmente aceptada, LKIF [*Legal Knowledge Interchange Format*] para MetaLex;[118] LIDO [*Legal Informatics Document Ontology*] para Akoma Ntoso.[119]

actual de la ontología en http://www.estrellaproject.org/lkif-core/ y https://github.com/RinkeHoekstra/lkif-core

[117] Barabucci, G.; Cervone, L.;Angelo Di Iorio, A.; Palmirani, M.; Peroni, S., y, Vitali, F. "Managing semantics in XML vocabularies: an experience in the legal and legislative domain." Presented at Balisage: *The Markup Conference* 2010, Montréal, Canada, August 3 - 6, 2010. In *Proceedings of Balisage: The Markup Conference 2010*. Balisage Series on Markup Technologies, vol. 5, 2010, http://www.balisage.net/Proceedings/vol5/html/Barabucci01/BalisageVol5-Barabucci01.html

[118] Breuker, J.; Boer, A., y, di Bello, Boer, A. "The LKIF Core Ontology of Basic Legal Concepts", en P. Casanovas, M.A. Biasiotti, E. Francesconi, M. T. Sagri (eds.) Proceedings of LOAIT '07, II Workshop on Legal Ontologies and Artificial Intelligence Techniques, 2007, pp. 43-64. http://www.ittig.cnr.it/loait/LOAIT07-Proceedings ; Boer, A. 2009, *op. cit.*

[119] Palmirani, M.; Cervone, L., y, Vitali, F., "A Legal Document Ontology: The Missing Layer in Legal Document Modelling", en G. Sartor, P. Casanovas, M.A. Biasiotti,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

En éste último, la "ontología del documento" pretende captar su estructura "propiamente jurídica" [*a real legal document ontology*] con una interpretación particular de los conceptos de FRBR a partir de conceptos como "acción jurídica", "acontecimientos jurídicos temporales", "estructura del recurso jurídico" etc. Este nivel ontológico sería el "nivel perdido" para describir el "significado auténticamente jurídico de los componentes estructurales del texto".[120]

La ontología de alto nivel de de Akoma Ntoso, así, se reduce a un mínimo de conceptos base, necesarios para sus conexiones externas.[121] En realidad, no trata de razonar sino de dar al usuario la posibilidad de escoger (como instrumento) su propia ontología. El lenguaje básico no es OWL, sino XML (y RDF). La interpretación es "subjetiva" del usuario. De este modo, sus *Top Level Classes* (TLC)[122] "incluso si están representadas por medio de una etiqueta precisa y un URI concreto, no tienen semántica, ni formal (lógicamente definida) ni informal (escrita en lenguaje natural)".[123]

Cabe apuntar asimismo la actitud distinta de ambos conjuntos de estándares en relación a la WS, pese a compartir metodologías de construcción similares. A pesar de la orientación de gestión de conocimiento jurídico en uno y otro caso, cabe notar que Akoma Ntoso —de forma coherente con su clave interpretativa— pretende sostener la "web semántica jurídica", reflejando en ella su base normativa: "la visión de 'una sola web' [*the 'one web' vision*] puede ser traducida a la visión de 'una sola web jurídica' ['*one legal-web' vision*]".[124] En mi opinión, ésta es una tesis muy fuerte, que tiende a homogeneizar el ámbito del derecho a partir de una estructura concep-

Fernández-Barrera, M. (eds.), *Approaches to Legal Ontologies: Theories, Domains, Methodologies*. Law, Governance and Technology Series, 1, Dordrecht, Heidelberg: Springer Verlag, pp. 167-200.

[120] *Ibidem*, p. 171.

[121] Barabucci, G.; Cervone, L.; Palmirani, M. Peroni, S., y, Vitali, F., "Multi-layer Markup and Ontological Structures in Akoma Ntoso", enP. Casanovas, G. Sartor, N. Casellas, R. Rubino (eds.), *Artificial Intelligence and Complex Legal Systems*, AICOL Workshops 2010, LNAI 6237, Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 2010, pp. 133–149.

[122] Persona, Organización, Concepto, Objeto, Acontecimiento, Lugar, Proceso, Rol, Plazo, Referencia, *cfr.* Barabucci, Cervone *et al*. 2010 Multi-layer Markup, *op. cit.*, pp. 139-140.

[123] *Ibidem.*

[124] Sartor, G.; Palmirani, M.; Francesconi, E., y, Biasiotti, M.A. (eds.) *Legislative XML for the Semantic Web. Principles, Models Standards for Document Management*. LGT Series núm. 4, Dordrecht, Heidelberg, 2011, p. 17. *Cfr.* asimismo Sartor *et al*. 2008, op. cit, y Sartor, G. *Corso de informatica giuridica*. vol. 1. *L'informatica giuridica e le Technologie dell'informazione*, G. Giappichelli Ed., Torino, 2008.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tual ya previamente articulada. Pero, como ya he apuntado, la estructura normativa de razonamiento es más un añadido interpretativo que una condición de uso del sistema. En cambio, la *orientación* normativa de LIDO puede enmarcar o delimitar su uso.

MetaLex, por su parte, guarda las distancias,[125] y mantiene separado el ámbito legislativo de la tecnología de la WS. El monismo jurídico de Akoma Ntoso contrasta con el pluralismo de MetaLex. Y, sin embargo, ambos asumen el principio básico de escritura administrativa: el soporte base es siempre un documento que se considera *jurídico*, es decir, validado por alguna autoridad competente encargada de su calificación como tal, o *administrativo* (en caso de no consistir en textos legislativos o judiciales).

V. Open linked data: humanity in the loop

1. *Vinculación de Datos en Abierto (Datos Enlazados)*

Quizás sea el momento de distanciarse un poco y de reintroducir la Web de Datos a partir de sus ventajas prácticas, de su relación con el derecho y de las implicaciones para los ciudadanos.

Con las redes sociales, la explosión no ha sido solamente demográfica, sino que ha venido de la acumulación exponencial de datos vertidos en la red y de la capacidad de buscarlos, reorganizarlos y reutilizarlos. En 2005, el W3C de Tim Berners-Lee estaba ya simplemente ahí para orientar y estructurar el trabajo de una forma ordenada, tal y como muestra el organigrama en cinco niveles de Jacobson,[126] aún hoy válido.

Fruto de la atención de los grupos de trabajo del W3C en la creación y validación de estándares,[127] el movimiento de *Linked Open Data* (Datos Enlazados Abiertos, LOD) advino como un paso natural para el desarrollo de la red.[128] La historia es conocida.[129]

[125] Boer, 2009, *op. cit.*, p. 262; también Hoekstra, *op. cit.*, 2011, p. 8.

[126] http://www.eu-orchestra.org/TUs/Standards/en/html/Unit3_learningObject1.html

[127] http://www.w3.org/standards/

[128] *Cfr.* para una introducción, Powell, M.; Davies, T., y, Taylor, K.C. "ICT for or against development? An introduction to the ongoing case of Web 3.0", *IKM Working Paper* No. 16, March 2012; Heath, T., y, Bizer, C. *Linked Data: Evolving the Web into a Global Data Space* http://linkeddatabook.com/editions/1.0/

[129] http://es.wikipedia.org/wiki/Datos_enlazados

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

En 2006 Tim Berners-Lee estableció en una ponencia para el W3C[130] cuatro principios básicos para LOD: (i) utilización de URIs para identificar los recursos de la red (como nombres de cosas); (ii) aprovechamiento del HTTP de la URI para localizar y consultar estos recursos; (iii) proporcionar información mediante los estándares RDF/SPARQL acerca del recurso después de haber sido identificado y "desreferenciado"; (iv) incluir frases en RDF que para ser vinculadas a otras URIs, de forma que puedan descubrir nuevos objetos relacionados. En TED, en 2009, la propuesta fue presentada en público de forma aún más simple. De hecho, puede sintetizarse así: *All kinds of conceptual things, they have names now that start with HTTP.*[131] Si esto es así, la relación entre sujetos, datos y metadatos puede activarse para producir una gran base de datos relacional de conocimiento, al servicio de la gente.

A partir de 2007 ha habido un gran número de proyectos para realizar esta idea.[132] El proyecto común *Linking Open Data*[133] mantiene actualizada la vinculación de los datos mediante RDF. Las estadísticas son ahora de grandes números respecto al procesamiento de datos: a finales de abril de 2012 hay más de 52.000 millones de tripletas RDF vinculadas (52 381 770 554 para ser exactos, en el momento de la consulta).[134]

La visualización más popular de datos enlazados quizás sea la producida por el Proyecto DBpedia,[135] sobre toda la información contenida en bases de datos vinculados en RDF que contribuyen a Wikipedia (Fig. 11). DBpedia extrae información y, de vuelta, vincula nuevos sitios como fuen-

[130] http://www.w3.org/DesignIssues/LinkedData.html

[131] http://www.ted.com/talks/tim_berners_lee_on_the_next_web.html *TED Talk*, 2009

[132] 1. DBLP *Computer science bibliography* Richard Cyganiak, Chris Bizer (FU Berlin); 2. *DBpedia Structured Information from Wikipedia* Universität Leipzig, FU Berlin; 3. *OpenLink DBtune*, *Jamendo Creative Commons music repositories* Yves Raimond (University of London); 4. Geonames *World-wide geographical database* Bernard Vatant (Mondeca), Marc Wick (Geonames); 5. *Musicbrainz Music and artist database* Frederick Giasson, Kingsley Idehen (Zitgist); 6. *Project Gutenberg Literary works in the public domain* Piet Hensel, Hans Butschalowsky (FU Berlin), 7. *Revyu Community reviews about anything* Tom Heath, Enrico Motta (Open University); 8. *RDF Book Mashup Books from the Amazon API* Tobias Gauß, Chris Bizer (FU Berlin); 9. *US Census Data Statistical information about the U.S.* Josh Tauberer (University of Pennsylvania); 10. *OpenLink World Factbook Country statistics*, *compiled by CIA* Piet Hensel, Hans Butschalowsky (FU Berlin).

[133] http://www.w3.org/wiki/SweoIG/TaskForces/CommunityProjects/LinkingOpenData

[134] https://docs.google.com/spreadsheet/ccc?key=0AihbIyhlsQSxdHIxc3hhdk82UFdYd1ppaGw3WDNrVGc#gid=0

[135] http://dbpedia.org/About

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tes de información.[136] La visualización permite comprobar aquellos elementos compartidos por distintas bases de datos (las flechas gruesas indican mayor grado de vinculación, las flechas bidireccionales la coexistencia de elementos).

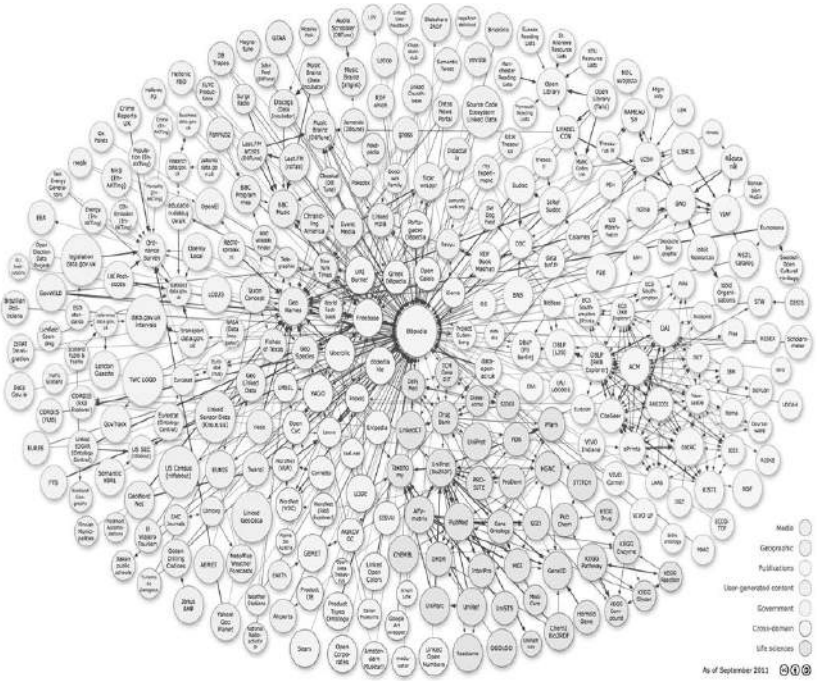


Figura 12. Diagrama de la nube de *Linking Open Data* de DBpedia, Richard Cyganiak and Anja Jentzsch. Fuente: http://lod-cloud.net/ *instance linkages within the linking open data datasets*

OK. De acuerdo. Pero ¿en qué consiste LOD en realidad, cómo puede ser descrito, aparte de su especificación técnica como un conjunto de protocolos?

Lo que me parece digno de atención es la forma en que LOD se define: "El término *Linked Data* se refiere a un *conjunto de buenas prácticas* [énfasis

[136] Para una descripción del método de extracción de información, *cfr.* Bizer, C.; Lehmann, J.; Kobilarov, G.; Auer, S.; Becker, C.; Cyganiak, R., y, Hellmann, S., "DBpedia - A Crystallization Point for the Web of Data", *Journal of Web Semantics*: *Science, Services and Agents on the World Wide Web,* vol. 7, núm. 3, 2009, pp. 154–165.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

añadido] para publicar y conectar datos estructurados en la red. Estas buenas prácticas han sido adoptadas por un creciente número de proveedores de datos en los últimos tres años, que ha llevado a la creación de un espacio global de datos que contiene miles de millones de aserciones: la Web de Datos".[137] La Web de Datos es una "red de cosas en el mundo, descritas mediante datos en la red".[138]

El contenido de la nube es muy diverso y de naturaleza dispar: personas, empresas, libros, películas, genes, proteínas, datos estadísticos… Mire por donde se mire, la nube es de naturaleza *holística*. Por una parte, pues, se logra una gran interoperabilidad: no importa el contenido que se vincula, son datos descritos mediante un modelo común; pero, por otra, lo que puede activarse (y en realidad se vincula) son las relaciones entre millones de usuarios que participan en la red, primero a través de la información disponible, luego a través de las búsquedas compartidas, finalmente con la posibilidad de construir, a partir de la información y del conocimiento, agregados nuevos reutilizables en situaciones económicas, políticas y sociales de carácter colectivo y de gran alcance.

No existe, pues, por si hubiera alguna duda, la división entre un mundo digital y el mundo real de los usuarios. La clave está en la clasificación, taxonomía, organización y reutilización del conocimiento desigualmente distribuido en la red, pero con un potencial enorme de ser focalizado en situaciones locales. *Cuanto más holísica, más concreta*.

Sin embargo, cabe observar que la contribución de los propietarios de datos y los proveedores de servicios es esencial: las *buenas prácticas* consisten precisamente en favorecer la posibilidad de dar a conocer y compartir una información previamente en situación de difícil acceso. Implican buena voluntad por parte de individuos, empresas y administraciones. Y esto tiene sus límites,[139] porque se trata en realidad de una auténtica redefinición del espacio público, donde hay que volver a situar las estructuras de organización colectiva, coordinación de acciones individuales y ordenación de los límites de actuación de todos los sujetos (en sentido amplio, desde personas a agentes inteligentes).

No resulta sorprendente, pues, que los cuatro pasos inmediatamente posteriores a la eclosión de la Web de Datos hayan sido: (i) el planteamien-

[137] Bizer, C.; Heath, T., y, Berners-Lee, T., "Linked Data - The Story So Far", *International Journal on Semantic Web and Information Systems*, vol. 5, núm, 3, 2009, p 1.

[138] *Ibidem.*

[139] *Cfr.* Cole R.J. "Some Observations on the Practice of Open Data as Opposed to its Promises", *The Journal of Community Informatics*, vol. 8, núm. 2 , 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

to de la posibilidad de una ciencia de la web [*Web Science*][140] más rigurosa, con una atención específica a las técnicas de Inteligencia Artificial para la automatización y semiautomatización de las búsquedas, la clasificación del contenido y las formas de razonamiento[141]; (ii) la identificación de los problemas y obstáculos de todo tipo (económicos, legales y políticos) a los que se enfrenta el desarrollo de la red y la idea de LOD[142]; (iii) la aparición de una serie de actuaciones colectivas conocidas como *crowdsourcing* (resolución de microproblemas en la red; agregación colectiva de datos individuales) que actúan en todos los ámbitos de la cultura en la red (económicos, políticos, intelectuales…)[143]; (iv) la nueva conciencia política de que las teorías de la democracia y del derecho, tal y como las hemos conocido hasta el momento, deben ser revisadas para poder incluir en ellas un contexto evolutivo de naturaleza mixta, *híbrida*, donde es esencial el *empoderamiento* tecnológico individual de cada ser humano, y la idea de que la democracia organizativa, colectiva, no se basa solamente en la deliberación, o en la creación de comunidades (digitales o no) sino en la capacidad de acceder y organizar libremente la información para poder participar de la riqueza colectiva y contribuir a ella con las síntesis individuales que cada uno sea capaz de aportar.

Las últimas intervenciones de Berner-Lee apuntan a esta misma dirección y tocan ya directamente el tema del derecho[144], puesto que sin solucionar el *valor* que tienen los datos —la redefinición de su propiedad, sus límites de uso, la protección de la privacidad de los usuarios, los problemas de *copyright*… — resulta más difícil proseguir con la idea del desarrollo de la

[140] *Cfr.* Berners-Lee, T.; Hall, W.; Hendler, J.A.; O'Hara, K.; Shadbolt, N.; y, Weitzner, D.J. "A Framework for Web Science", *Foundations and Trends in Web Science,* vol. 1, núm. 1, 2006, pp. 1–130.

[141] *Cfr.* Hendler, J. y Berners-Lee, T. "From the Semantic Web to social machines: A research challenge for AI on the World Wide Web", *Artificial Intelligence,* vol. 174, 2010, pp. 156–161.

[142] KC Claffey, "Ten Things Lawyers Should Know About Internet Research", CAIDA, Aug. 2008, http://www.caida.org/publications/papers/2008/lawyers_top_ten/ Este artículo no se refiere solamente a LOD sino que es una crítica devastadora desde el punto de vista científico de los obstáculos económicos y jurídicos a los que deben enfrentarse los científicos que intentan desarrollar la ciencia de Internet y de la red.

[143] Véase para una clasificación de los distintos tipos de crowdsourcing, Geiger, D. ; Seedorf, S.; Schulze, T., y, Nickerson, R., "Managing the Crowd: Towards a Taxonomy of Crowdsourcing Processes", *AMCIS-Proceedings of the Seventeenth Americas Conference on Information Systems, Detroit, Michigan August 4th-7th 2011.*

[144] *Cfr.* Hendler, J., y, Berners-Lee, T., 2010 *op. cit.* p. 158. Vid asimismo Berners-Lee, T. "Long Live the Web: A Call forContinued Open Standards and Neutrality"**,** November 22, 2010, http://www.scientificamerican.com/article.cfm?id=long-live-the-web.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Web Semántica. Hay que controlar tanto el "comportamiento predatorio como las amenazas a la privacidad"[145] . Y es fácil darse cuenta de que si vuelven a plantearse los temas de protección de los datos y de las personas, al mismo tiempo que se redefine el espacio público y se piensan las condiciones de reutilización de los mismos, lo que esto implica en realidad es la necesidad de replantear la teoría de la democracia y qué significa el gobierno de las cosas y de las personas a un nivel de abstracción mayor. "La Web Semántica representa un nuevo nivel de abstracción respecto a la infraestructura subyacente de la red, como hizo Internet y la Web antes que éste"[146].

Quizás lo que va a ocurrir de forma inmediata es un debate regulatorio abierto en el que se definan mejor los términos y el marco de LOD: *big data*, *raw data*, *open data*, *real-time data*, *personal/private data*…[147]. Quizás también, como el caso de Wikileaks ha contribuido a hacer patente, la discusión se produzca alrededor del denominado *Open Government Data* (OGD): la transparencia y responsabilidad [*accountability*] de las decisiones tomadas por administraciones y gobiernos pueden llevarse a la luz pública sin poner en peligro la seguridad de la población. Hay diversos tipos y grados de apertura de los datos. Igual que hay diversos modelos de regulación para hacer posible la gobernabilidad de la apertura de los datos[148]. Un observatorio de la evolución de la semántica en la red ayudaría ciertamente a tener una imagen más nítida de lo que ocurre y a monitorizar la aplicación de la tecnología[149].

Sea como sea, hay que tener en cuenta también que la ingenuidad inicial respecto a la red puede haber llegado a su fin. La tesis de la segunda edición de la obra de Lawrence Lessig, *Code and other laws of the Cyberspace* (1996), ahora *Code. Version 2.0* (2006) es que hemos pasado de "un cyberespacio de anarquía a un cyberespacio de control": "de forma creciente, la

[145] Hendler, Berner-Lee, 2010, *op. cit.* P. 156.

[146] Hendler, Berners-Lee, *Ibidem.*

[147] *Cfr.* Davies, T. "Untangling the Open Data Debate: Definitions and Implications", March 2012, http://www.opendataimpacts.net/2012/03/untangling-the-open-data-debate-definitions-and-implications/

[148] Davies, T., *Open data, democracy and public sector reform. A look at open government data use from data.gov.uk*, Based on an MSc Dissertation submitted for examination in Social Science of the Internet, at the University of Oxford, Summer 2010. tim@practicalparticipation.co.uk

[149] *Cfr.* Käfer, T.; Ümbrich, Hogan, A., y, Polleres, A. "Towards a Dynamic Linked Data Observatory", LDOW2012 April 16, 2012 Lyon, France. Para seguir los Workshops y trabaos del W3C, véase http://events.linkeddata.org/ldow2012/

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

infraestructura de la red será controlada y regulable a través de tecnologías de la identidad digital".[150] El mensaje de Lessig es claro y pesimista: la tecnología incrementa la capacidad de ser ella misma regulada y de regular a los demás, no la disminuye ni la hace necesariamente mejor. Siempre hay que escuchar la opinión de Lessig. Sin embargo, esta vez, me gustaría matizarla, puesto que creo que los obstáculos a la red efectivamente se han multiplicado, pero también ha aumentado el conocimiento de cómo hacer uso de ella.

2. *Mashups, derecho y democracia*

¿Qué relación mantienen la WS y LOD con el derecho, más allá de su representación en lenguajes técnicos y de los problemas de regulación que éste ayuda a resolver?

Los *mashups* —híbridos en las aplicaciones que permiten cruzar y utilizar datos provenientes de distintas fuentes— han sido ya muy útiles en derecho desde el punto de vista práctico, como instrumentos de democratización. Especialmente la utilización de GIS para la geolocalización y el cruce de diversas fuentes de datos (demográficos, servicios públicos, censo, registros civiles, de propiedad etc…) han permitido dibujar de forma muy precisa los mapas de exclusión de minorías étnicas de los servicios urbanos y sociales básicos (como el agua corriente y los canales del alcantarillado). Empezó con el caso de Mebane (North Carolina, USA) en 2003, y pronto se demostró que no era un caso aislado, sino que correspondía a un patrón de exclusión sistemática de servicios básicos a las minorías étnicas.[151] Esto ha conducido a su utilización procesal como prueba en pleitos que hasta el momento habían tenido pocas esperanzas de éxito ante los Tribunales de Justicia.[152] La red ha facilitado estas aplicaciones prácticas de forma continua. Los ejemplos se multiplican después de la generalización del uso de las redes sociales. La comunicación rápida, breve e inmediata en Twitter, e.g.,

[150] Lessig. L. *Code and other laws of the Cyberspace. Version 2.0*. , Basic Books, New York, 2006. El texto de esta segunda versión fue escrito también colectivamente a través de Wiki, a tenor de las críticas, comentarios y respuestas de los interesados en ella. Puede accederse al texto en inglés en https://www.socialtext.net/codev2/table_of_content , y en castellano (gracias a los estudiantes de la Universidad de Málaga): http://traficantes.net/index.php/trafis/editorial/catalogo/coleccion_mapas/el_codigo_2_0

[151] *Addressing Racial Disparities in Local Government Actions: The Mebane Case Study (May 29, 2003)* Cedar Grove Institute for Sustainable Communities, http://www.cedargroveinst.org/files/mebanecase.pdf.

[152] http://www.cedargroveinst.org/reports.html, véase también http://www.psmag.com/culture-society/the-revolution-will-be-mapped-7130 , December 29, 2009.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

ha modificado el comportamiento comunicativo y la reacción social colectiva ante fenómenos políticos, desastres naturales, crisis humanitarias, conflictos violentos etc. No son fácilmente mesurables. Los flujos comunicativos no siguen los patrones conocidos hasta el momento, puesto que dependen de un contexto social al que reaccionan[153]. La tecnología móvil ha resultado ser decisiva.[154]

Marta Poblet ha contado diversas veces cómo se gestó la intervención de las comunidades de volutarios y técnicos (*Volunteer and Technical Communities*, VTCs) en situaciones de crisis como el terremoto de Haití (enero de 2010) y de qué manera se ha desarrollado posteriormente para actuar en desastres y crisis mediante la utilización de la plataforma Ushahidi.[155] Estas iniciativas pueden calificarse de *crowdsourcing* humanitario y político, y no constituyen casos aislados. El ejemplo de la participación masiva recogida por la plataforma de Tarik Nesh Nash para el desarrollo de la democracia y la reforma constitucional en Marruecos constituye otro ejemplo reciente.[156] Cada vez más la población tiende a participar en los procesos sociales que le afectan si tiene la posibilidad técnica de hacerlo.

Para la construcción de prototipos, plataformas, motores de búsqueda, agentes inteligentes… que funcionen en situaciones reales, es esencial la implicación y cooperación mutua entre ingenieros del conocimiento, expertos del dominio, gestores de plataformas jurídicas, proveedores de servicios, proveedores de contenidos, editores y usuarios finales.[157]

[153] Akçora, C.G., *Using microblogs for crowdsourcing and public opinion mining*, Ann Arbor MI: UMI Dissertation Publishing, 2011, 1482188.

[154] Poblet, M., *Mobile Technologies for Conflict Management: Online Dispute Resolution, Governance, Participation*, Law, Governance and Technology Series, Springer Verlag, Dordrecht, Heidelberg, Heidelberg, 2011. Véase asimismo Berners-Lee, T., *The Mobile Web Initiative at the World Wide Web Consortium*. WC3. 2005, www.w3.org/2005/ Talks/1103-sb-mit-mwi/

[155] *Cfr.* Poblet, M., *Lychnos. Cuadernos de la Fundación General CSIC*, núm. 7, 2011, p. 76. véase la tesis de Patrick Meyer *Do 'Liberation Technologie' change the balance of power between repressive states and civil society?*, The Fletcher School of Law and Diplomacy, UMI Diss. Publishing, 2012.

[156] http://www.reforme.ma/

[157] *Cfr.* Casanovas, P. y Poblet, M. "Justice via the Internet: Hopes and Challenges of Law and the Semantic Web", G. Peruginelli, M. Ragona (eds.), *Law via the Internet. Free Access, Quality of Information, Effectiveness of Rights*, European Press Academic Publishing, Florence, 2009, pp. 347-359. Casanovas, P., "The Future of Law: Relational Law and Next Generation of Web Services", Fernández-Barrera M. *et al*. (eds.) *The Future of Law and Technology: Looking into the Future. Selected Essays*. European Press Academic Publishing, Florence, 2009, pp. 137-156.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

La distinción básica entre *IT Law* y *IT for lawyers*, que originó en los años noventa la división del campo entre juristas especializados en derecho de las TICs (e.g. patentes, propiedad intelectual y nombres de dominio) y científicos de la computación especializados en el modelado del derecho (propiamente el campo de la IA & D),[158] tiende hoy en día a atenuarse hasta casi desaparecer en algunos casos. Los retos de la organización del conocimiento causados por la evolución de la red son técnicamente demasiado complejos como para seguir manteniendo una división estricta. Considérese el caso de la *privacidad*, e.g., un tema estrella en el tratamiento jurídico de la protección de datos y de la intimidad en Internet. Ya no es posible un tratamiento meramente cualificatorio, sin conocer cómo se procesa el tráfico de información en los lenguages de Internet [*tracking*, *data logging*…].

Las propuestas más novedosas provienen de equipos preparados en ambos dominios (jurídico y computacional). En lugar de considerar la privacidad como el control de quién tiene acceso a la información (y volver al discurso de las distinciones jurídicas sobre los métodos de encriptación), e.g., Daniel Weitzer y el W3C han cambiado la perspectiva: en vez de la confidencialidad (protección del espacio personal de los datos propios) contemplan el uso no deseado de la información por parte de organizaciones que pueden desviarse de los estándares y reglas establecidas. Esto es lo que significa *information accountability*: responsabilidad, dar cuenta pública del uso de la información que se posee.[159] Es la protección y redefinición del espacio público lo que resulta importante para la protección privada.

Este es asimismo el objetivo del *Free Legal Information Movement* (FLIM), que aglutina a algunos de los servidores de contenido jurídico más impor-

[158] En Europa, e.g., compárese el contenido de revistas como *AI & Law* y los *International Journal of Law and Information Technology* (desde 1993) (http://ijlit.oxfordjournals.org/) y el *Journal of Information, Law & Technology (JILT)* (desde 1996) (http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/). Hasta hace relativamente poco, las revistas de derecho y tecnología (comprendiendo las clásicas de las universidades americanas de Harvard, Stanford y Berkeley), y las revistas de IA mantenían una distancia prudencial, puesto que se dirigían a comunidades profesionales distintas.

[159] Weitzner, D.J.; Abelson, H.; Berners-Lee, T.; Feigenbaum, J.; Hendler, J., y, Sussma, G.J.; *Information Accountability*, Computer Science and Artificial Intelligence Laboratory, Technical Report, MIT-CSAIL-TR-2007-034 June 13, 2007, p.1. véase también, Weitzner, D. "Beyond Secrecy New Privacy Protection Strategies for Open Information Spaces", IEEE Internet Computing, Sept/Oct 2007, pp. 94-96; "From Home to Home Page. New Challenges to Basic Notions of Privacy and Property", *IEE Internet Computing*,March/April 2007, pp. 90-93.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

tantes (Canadá, Cornell y Australasia, entre otros).[160] Los Institutos coordinados por el World Legal Information Institute,[161] que garantiza el acceso libre a 1230 bases de datos jurídicas de 123 jurisdicciones distintas, se han incrementado en los últimos años, especialmente en Asia y en África, donde la información está vinculada a la creación de estados de derecho y al respeto de los derechos humanos. Los LII han empezado ya a incorporar semántica a sus datos. En Cornell, Núria Casellas ha lanzado el programa sobre Linked Legal Data (RDF) para facilitar el acceso al USA Code of Federal Regulations (un texto de 96.5 millones de palabras).[162]

Sin embargo, aun así, después de algunos años de construcción de ontologías, y de presencia en el desarrollo de la WS, se impone alguna precaución en relación al logro de sus objetivos. De hecho, hasta hace bien poco, en las previsiones de la segunda generación de la WS, la formalización del derecho había ocupado un lugar más bien secundario. La única tecnología que había surgido del campo jurídico y había llegado a comercializarse (sólo en USA) es el denominado *e-discovery*.[163] Aquí se trata de asegurar, proteger, ordenar y disponer fácilmente de la información jurídica almacenada para finalidades procesales.

Las técnicas utilizadas para "la búsqueda de conceptos" [*concept search*] no se basan solamente en semántica, sino en un conjunto híbrido de técnicas estadísticas —*clustering*, NLP [*Natural Language Processing*] y minería de datos. Las ontologías juegan un papel más bien menor (de guía y clasificación) en relación a los algoritmos. Y la razón es clara: los problemas de reusabilidad, herencia, escalabilidad y tiempo de computación que conlleva su uso. Esto último vale también para los esquemas de argumentación o

[160] Véase los artículos de M. Greenleaf, T. Bruce y D. Poulin sobre los orígenes y evolución del movimiento en Peruginelli, G. and Ragona M. (eds.), *Law via the Internet. Free Access, Quality of Information, Effectiveness of Rights*, European Press Academic Publishing, Florence, 2009. véase también, Bruce, T. R. "Tears Shed Over Peer Gynt's Onion: Some Thoughts on the Constitution of Public Legal Information Providers", *Journal of Information, Law & Technology*, num. 2, 2000 http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_2/bruce/; Greenleaf, M. "The global development of free access to legal information", en A. Paliwala (ed.), *A History of Legal Informatics*, *op. cit.* pp. 53-82.

[161] http://www.worldlii.org/

[162] Casellas, N. (*et al.*), "Linked Open Data. Improving Access to Regulatory Information", en http://blog.law.cornell.edu/files/2012/04/Poster_BOOM_final.pdf

[163] Hay ya un cierto número de empresas y proveedores de servicios exclusivamente para este objetivo. véase los Workshops DESI, el último, en ICAIL-Pittsburgh, http://www.umiacs.umd.edu/~oard/desi4. / . Vid A. Roig, "Towards a Global eDiscovery Standard", *eChallenges e-2011 Conference Proceedings* Paul Cunningham and Miriam Cunningham (Eds) IIMC International Information Management Corporation, 2011.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

razonamiento: las inferencias semánticas, cuando se enfrentan al procesamiento de cientos de miles (o millones) de documentos pierden su utilidad inmediata. Por no hablar de las dificultades de mantenimiento y de la "brecha semántica" [*semantic gap*] que existe aún en la construcción de ontologías para multimedia.[164]

Los principios de LOD, la extensión de la democracia y la nueva perspectiva y necesidad de regulación de las Web 2.0 y 3.0 han cambiado esta situación. Tal vez veamos en los próximos años un nuevo desarrollo del campo jurídico, puesto que es probable que se intensifique la cooperación entre científicos computacionales, científicos sociales y juristas para ofrecer alguna solución a los problemas planteados por la Web de Datos.

3. *Los retos teóricos del derecho relacional*

Este desarrollo no seguirá, creo, los patrones que hasta ahora habíamos conocido. Hay una necesidad creciente de: (i) vincular los datos en la red no solamente de forma horizontal, sino vertical, (ii) conocer mejor los contextos y escenarios sociales en los que suceden los efectos de la WS y de LOD, (iii) integrar mejor los resultados de las distintas tecnologías de la Web Semántica con la de los Servicios Web, y con otras tecnologías no semánticas. Esto último ha sido reconocido por Pedrinaci y Domingue: "Hasta el momento, el impacto de los Servicios Web Semánticos (SWS) en la red ha sido mínimo. En la red, la semántica se usa para marcar una amplia variedad de recursos basados en datos, pero no se usa para anotar la funcionalidad online de forma significativa. De hecho, aunque las tecnologías SWS han mostrado ya su potencialidad e.g. en *e-discovery*, la investigación en este campo no ha sabido tener en cuenta los aspectos socio-económicos dedicados a la creación y anotación de servicios".[165]

He denominado *derecho relacional* a los patrones emergentes de regulación para producir esta integración entre la Web 2.0 y 3.0, el nicho ecológico en el que pueden encapsularse distintos tipos de tecnología que convergen para obtener un resultado común.[166] Para su teorización es necesario

[164] Para un tratamiento integrado (jurídico, computacional) del contenido de imágenes y video, véase Bourcier, D.; Casanovas, P.; Dulong de Rosnay, M., Maracke, C. (ed.) *Intelligent Multimedia. Managing Creative Works in a Digital World*. European Publishing Academic Press, 2010.

[165] Pedrinaci, C. y Domingue, J. "Toward the Next Wave of Services: Linked Services for the Web of Data", *Journal of Universal Computer Science*, vol.16, núm. 3 , 2010,. p.1695.

[166] Casanovas, P., "Algunas líneas de investigación en gestión del conocimiento jurídico. Web semántica, ODR y derecho relacional", SCIRE, *op. cit.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

comprender las interacciones de diversas maneras: como participación individual en la producción colectiva de conocimiento, acuerdos y reglas [*crowdsourcing*], como intercambio dialogado de contenidos, como sistema regulatorio que se produce no por imposición o aceptación de reglas, sino por decantación de las prácticas interactivas más comunes.[167]

En mi opinión, no hay que entender solamente el diálogo como dialogía, o como método de deliberación argumentativa, sino que hay que tener en cuenta también que la cooperación, la confianza o el mantenimiento de la comunicación (y de la reputación) son el modo natural de participación en la red.

La relación entre teoría jurídica y computación ha estado siempre presente en el ámbito de IA & D. Y también la crítica a la representación basada en reglas. Esta aproximación a la teoría jurídica ya fue defendida de las críticas a los sistemas expertos hace veinte años por Trevor Bench-Capon:

> En esencia, he argumentado consistentemente que un sistema basado en conocimiento jurídico [*knowledge based system in law*] debería estar basado en una formalización ejecutable del derecho. En el núcleo del sistema debería encontrarse la legislación, pero esto debería ser complementado por representaciónes del case law [jurisprudencia] y materiales interpretativos ... Mi forma de representación preferente siempre se ha alineado de forma amplia con la tradición de programación lógica. Esto puede entenderse como una representación 'basada en reglas' y la ejecución del sistema como la deducción de las consecuencias lógicas del conocimiento representado. [168]

La discusión no puede plantearse ahora de este modo. No se trata de la crítica a la representación formal o lógica del derecho para oponerla a las formas de experiencia o decisión jurídica o política, a la manera del realismo. Al contrario, me parece que se trata de algo más sencillo: ya no hay un único conocimiento jurídico preexistente para efectuar una "formalización ejecutable del derecho". Es necesario que las reglas se escriban y funcionen consistentemente para que funcionen los modelos

[167] *Cfr.* Casanovas, P., "Crowdsourcing and relational law: A preliminary approach", II Catalan Congress of Philosophy Sueca, 9th -11th 2011, Dpt. Lògica, Publicacions de la Universitat de València (en premsa). El lector interesado en las aplicaciones en la enseñanza del derecho puede acudir a: "Legal Crowsourcing and Relational Law. What the Semantic Web Can Do for Legal Education" , *Journal of Australian Law Teachers Association* vol. 5 , núms. 1-2, 2012, pp. 159-176

[168] Bench-Capon, T., "Legal Theory and Legal KBS: A Computer Scientist's Perspective", H. Prakken A.J. Muntjewerff, A. Soeteman, *Legal knowledge based systems JURIX 94 The Relation with Legal Theory*, IOS Press, Amsterdam 1994, p. 33.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

regulativos, no la gente. Existe una necesidad creciente de este tipo de modelos, pero para que los mecanismos de la Web de Datos, como decían Hendler y Berners-Lee, puedan ser utilizados para construir una Web de la Gente: *from human in the loop to humanity in the loop.* Podríamos traducirlo por "del humano informado a la humanidad conectada".

Este es el viejo sueño de producir el salto de la racionalidad individual a la colectiva a partir de una conducta individual singular que tenga una dimensión común.[169] Si resulta posible conectar los distintos niveles de la web, y ésta con sus ussuarios, no veo por qué no podamos lograrlo.

La condición es que los problemas se planteen e intenten solucionarse de forma integral, partiendo de los dos enfoques. Es decir, escogiendo la metodología adecuada para el problema que se plantea tratar.

Recuperemos el ejemplo de los voluntarios que participan en la Standby Task Force.[170] El resultado más visible de su actuación en situaciones de emergencia son los mapas online. Los mapas geolocalizan a tiempo real los informes que los mismos voluntarios elaboran a partir de los SMS, e-mails, tweets, etc. recibidos desde el terreno. Las crisis se gestionan agregando conocimiento local individual. El mapa de la crisis precisa pues de estos informes. ¿Cómo se gestionan? Al final pueden almacenarse cientos o miles de documentos que contienen una información completa, que debe ser clasificada y etiquetada de alguna manera.

La guía para seleccionar, evaluar y aceptar (o rechazar) la información no tiene por qué basarse en un juicio del coordinador humano sobre su posible validez o invalidez. Resulta posible asistirlo mediante mecanismos que extraigan los términos más frecuentes y estructuren la información contenida en los informes en conceptos que se utilicen para etiquetar y clasificar los informes.

El sistema regulatorio de la actuación de una organización de este tipo no es simple: hay involucrados aspectos éticos, legales (distintos según la legislación de cada estado), de legislación comunitaria (en el caso de Europa) y de derecho internacional, de protección de derechos humanos, de principios emergentes como el de la responsabilidad de proteger (en este caso a la población civil y a la persona que actúa sobre el terreno en situación de riesgo). Hay una pluralidad de actores, además: la comunidad técnica de Ushahidi, los coordinadores de la Task Force, OCHA (la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios de la ONU), diversas ONG y organizaciones humanitarias (la Cruz Roja, e.g., dependiendo de la

[169] He tratado este tema en "Republicanismo y justicia relacional", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 35, 2012, pp. 261-280

[170] http://blog.standbytaskforce.com/

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

crisis que debe gestionarse), y naturalmente los voluntarios que a título individual ofrecen información e imágenes de acontecimientos y necesidades urgentes para la gestión de la crisis. En algunos casos, puede intervenir también el Fiscal del Tribunal Penal Internacional si se constatan violaciones de derechos que constituyen ya delito internacional y son directamente perseguibles.

Las situaciones pueden llegar a ser muy complejas. ¿Cómo se evalúan? ¿Cómo se estructura la información para producir conocimiento social? ¿Cómo se crean y aplican las reglas y normas? ¿Cómo puede unirse derecho y tecnología, en este caso? Obsérvese el mapa de la Fig. 12.

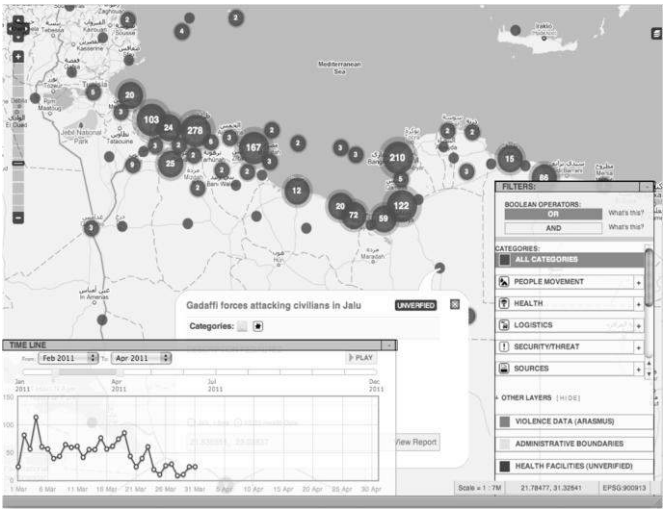


Figura 13. Mapa de la crisis de Libia (Ushahidi, 2011). Fuente: Marta Poblet.

El mapa muestra la crisis de Libia en sus inicios, en el momento en que empezaban a llegar las informaciones de los medios de información y las redes sociales (en todos los formatos, texto, fotografía, video), geolocalizadas en círculos rojos. Clicando en ellos se amplía la imagen hasta el nivel de las calles. La aproximación es muy precisa y la información muy valiosa para las agencias, organismos internacionales y ONGs que deben actuar sin demora en la mayoría de los casos. Obsérvense las categorías a la derecha del mapa: corresponden a clases del contenido de los informes. En un principio corresponden a decisiones de los mismos coordinadores, pero

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

resulta obvio que ello puede ser automatizado y podría escalarse mediante una estructura ontológica a una ontología más general (de alto nivel) para la reutilización de los conceptos en el archivo y activación del conocimiento producido en las crisis ya gestionadas para dar soporte a la gestión de crisis futuras. Hay ya, desde el 2009, una ontología de las situaciones de crisis, en DOLCE+ Lite. La ontología ha sido construida de forma independiente desde el principio y desde arriba [*from scratch and top-down*] por un grupo de trabajo del W3C.[171] Para que resulte útil y reutilizable en situaciones concretas, como las gestionadas por la Standby Task Force, es necesario producir la fusión [*merging*] de esta ontología general con otra extraída desde la base [*semi-automatized and bottom-up*] y construir el alineamiento [*alignment*] de los conceptos escogidos como fundamentales con los términos y conceptos realmente utilizados en los informe. Cabe observar también que el lenguaje en vivo es evolutivo: por lo tanto, hay que unir los términos nuevos con los ya utilizados mediante *folksonomías*,[172] y además, hay que tener en cuenta que las lenguas pueden ser muy variadas y diversas entre si. En Haití, e.g. en la primera actuación de los voluntarios, las informaciones recibidas eran en francés criollo y tuvieron que ser traducidas manualmente al inglés por otros voluntarios en todas las partes del mundo.

El tema de la conjunción entre folksonomías y ontologías es clave, puesto que hay que dar solución al uso creativo del lenguaje por parte de los usuarios y al mantenimiento de las ontologías (que varían también con el tiempo).[173]

[171] *Emergency Information Interoperability Frameworks*. W3C Incubator Group Report 6 August 2009. http://www.w3.org/2005/Incubator/eiif/XGR-Framework-20090806/

[172] Las folksonomías son una forma de indexación social, una forma de trabajo cooperativo para establecer tags o etiquetas que corresponden a formas de pensamiento o conceptos básicos en un determinado campo. Hay que distinguir la etiquetación colectiva (la creación colectiva de etiquetas), de las técnicas de extracción de términos y conceptos de un corpus lingüístico o del rastreo exhaustivo de la red. *Cfr.* http://en.wikipedia.org/wiki/Folksonomy

[173] He tenido occasion de trabajar en este tema a partir del planteamiento de lingüística de corpus y lingüística computacional (NLP) efectuado por Meritxell Fernández-Barrera en su tesis doctoral y en algunos artículos de análisis de la base de datos de quejas y demandas de información de los consumidores a la Agencia Catalana de Consumo (2007-2010, 30.000 casos). *Cfr.* Fernández-Barrera, M., "User-generated knowledge through legal ontologies: How to bring the law into the Semantic Web 2.0" PhD. Dr. Diss. EUI, Florence, Dec. 2011. Fernández-Barrera, M., "Exploring the terminological nature of citizens' queries in the domain of consumer justice". At *Long papers of the 9th International Conference on Terminology and ArtificialIntelligence, TIA 2011*, pp. 52–58, Paris, 8–10 November 2011. http://tia2011.crim.fr/Proceedings/pdf/TIA10.pdf Fernández-Barrera, M. and Casanovas, P. (2011) "Towards the intelligent processing of non-expert generated content: Mapping web 2.0 data with ontologies in the domain of consumer mediation". In Workshop Legal Applications of

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Ya ven. La tecnología sirve para hacer más fáciles las tareas complejas, pero al final siempre se requiere la intervención humana. Y esto es normal, puesto que la tecnología y la IA han sido concebidas y funcionan justamente para tener "menos servidumbre en el lugar de trabajo, industrias y viajes más seguros, y decisiones más inteligentes para hacer que este planeta siga siendo habitable".[174]

La denominada "computación basada en humanos" [*human-based computing*] supone una distribución de tareas computacionales entre ordenadores y humanos, y es una idea que ha vuelto con fuerza de la mano de la computación en la nube [*cloud computing*] y la Web de Datos. Pero hay que volver a los clásicos de la cibernética —Wiener, Bateson— y de la inteligencia artificial —Simon, Newell, Engelbert, Feigenbaum— para darse cuenta de que ellos ya habían concebido la computación y la IA menos como una mera extensión de las capacidades cognitivas y más como un tipo de procesamiento autónomo que operaba en conjunción con la inteligencia humana, interaccionando con ella.

Tengo la sensación de que ahora hay que operar a nivel subsimbólico también, produciendo mecanismos y algoritmos basados en otras estrategias para hacer efectiva la Web de Datos *situada*, en escenarios concretos para finalidades concretas.[175]

El derecho relacional constituye un tipo de regulación compleja que opera en estos escenarios. En un sentido limitado, se refiere a los mecanismos de justicia relacional, es decir, a los mecanismos basados en el diálogo y en los distintos tipos de mediación y *Online Dispute Resolution* (ODR) para facilitar la gestión y resolución de problemas, disputas y conflictos sin tener

Human Language Technology. ICAIL 2011, Pittsburgh, 6th-10th June 2011. http://wyner.info/research/Papers/AHLTL2011Papers.pdf

[174] Buchanan, B. G., "A (Very) Brief History of Artificial Intelligence. *AI Magazine* 26, núm. 4, 2005, pp. 53-60. http://www.aaai.org/AITopics/bbhist.html

[175] Los estudios sobre el derecho de Danièle Bourcier y Pierre Mazzega, con el uso de sistemas complejos, o los de Dan Hunter sobre redes neuronales son un ejemplo de perspectivas no exclusivamente simbólicas. *Cfr.* Hunter, D., "Out of their minds: Legal theory in neural networks", *Artificial Intelligence and Law*, vol. 7, 1999, pp. 129-151; D. Bourcier, P. Mazzega, "Codification, Law Article and Graphs". JURIX 2007, pp. 29-38; D. Bourcier, P. Mazzega, Toward measures of complexity in legal systems. ICAIL 2007, pp. 211-215. Pierre Mazzega, P.; Bourcier, D.; Boulet, R. "The Network of French Legal Codes" CoRR abs/1204.6284, 2012.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

que acudir necesariamente a la aplicación de normas emanadas por una autoridad con capacidad de compulsión.[176]

Concibo también, sin embargo, de forma amplia el derecho relacional como una de las dimensiones más importantes de la denominada "gobernanza en red" [*networked governance*], para dar sentido y estructura a todo el proceso de articulación, puesta en práctica y funcionamiento de los sistemas regulatorios que se basan en las tecnologías del conocimiento, en la interacción de individuos y grupos sociales, y en la interfaz de comunicación entre humanos y máquinas. Algunas de las tecnologías son semánticas o cognitivas, pero no se requiere que todas ellas lo sean.

Desde la robótica,[177] por ejemplo, podemos aprender mucho sobre la emergencia de sistemas de regulación y de normas si no olvidamos prestar atención a los detalles: ¿Qué significa ´interacción´? ¿Cuáles son sus elementos? ¿Cómo emerge un patrón de conducta, y cómo se desarrolla a partir de la interacción? Hay todo un campo por explorar ya sea en sistemas multi-agente, en el comportamiento humano, o en la interrelación entre ambos.

Luc Steels define la *semiótica dinámica* como "los procesos mediante los cuales grupos de gente o de agentes artificiales inventan y negocian sistemas semióticos compartidos, que son utilizados para comunicarse o organizar la información".[178]

Hasta hace poco los científicos y lingüistas habían asumida una "visión iterativa" de la lengua natural, que permitía encontrar un "lugar" estático para sus elementos en la construcción sintáctica, el sentido común, los corpus construidos de sigificados extraíbles o incluso la genética. Poco a poco, las ciencias cognitivas han empezado a desvelar que la visión estática del lenguaje no podía respaldarse en los datos empíricos sobre el uso de las lenguas en las sociedades humanas. Al contrario, las lenguas constituyen sistemas evolutivos abiertos y adaptativos que nunca acaban de resultar

[176] Casanovas, P.; Poblet, "Concepts and fields of Relational Justice", *Computable Models of the Law: Languages, Dialogue, Games,Ontologies.* Lecture Notes in Computer Science (LNAI) 4884, SpringerVerlag, Berlin, Heidelberg, 2008, pp. 323-339

[177] Ugo Pagallo ha empezado a trabajar en esta dirección (*small worlds*) desde la filosofía del derecho. *Cfr.* "As Law Goes By: Topology, Ontology, Evolution", en Casanovas, P.; Pagallo, U.; Ajani, G., y, Sartor, G. (eds.) *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL I-II) The Semantic Web, multilingual ontologies, multiagent systems, distributed networks. LNAI,* Heidelberg, Berlin, Springer Verlag, 2010, pp. 12-26 ; "Killers, fridges, and slaves: a legal journey in robotics" *AI and Society.* Special issue: Social impact of AI: killer robots or friendly fridges 26, núm. 4, 2011, pp. 347-354.

[178] Steels, L., "Semiotic Dynamics for Embodied Agents", *IEEE Intelligent Systems*, 2006, p. 32.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

completos para adaptarse a las necesidades del ambiente y del uso. No "existen", en sentido lato, si no es en su uso contínuamente emergente.[179]

En síntesis, "los experimentos muestran que los sistemas artificiales pueden manejar el problema del fundamento de los símbolos —aunque los filósofos hayan argumentado que esto es imposible— desde una perspectiva social acerca de su emergencia".[180]

Este es uno de los fundamentos (no el único) de lo que se ha venido a denominar "Tecnologías del Acuerdo" [*Agreement Technologies*],[181] a su vez una de las vías más prometedoras de la investigación en inteligencia social en la actualidad. También lo es en lo que afecta a las normas y la regulación, que emergen como una de las condiciones para el desarrollo y mantenimiento de los sistemas.

VI. Palabras finales

En la primera sección he presentado en qué consiste el campo de la IA, he subrayado la relación estrecha que mantiene con las ciencias empíricas y he señalado tres corrientes actuales importantes: sistemas multi-agente (MAS), instituciones electrónicas y sistemas dialécticos. En la segunda he realizado un breve recorrido por la historia y las investigaciones del movimiento de Inteligencia Artificial y Derecho (IA & D). En la tercera he descrito la Web Semántica (WS) y he detallado en qué consisten y para qué sirven las ontologías fundamentales y las ontologías jurídicas. En la cuarta he distinguido cuatro aproximaciones distintas respecto a la WS —argumentativa, cognitiva, normativa, pragmática— y me he detenido en el denominado XML jurídico [*Extended Mark-up Language*, *Legal XML*] y en el enfoque del Instituto de Derecho y Tecnología de la UAB. En la quinta, finalmente, he expuesto los principios del *Linked Open Data* (LOD) y espero haber sabido exponer también por qué es necesario el derecho relacional y qué relación mantiene con la democracia (en la red y fuera de ella).

[179] Steels, L., "Modeling the cultural evolution of language", *Physics of Life Review*, vol. 8, núm. 4, 2011, pp. 339--356

[180] *Ibidem*.

[181] http://www.agreement-technologies.org/ , http://www.agreement-technologies.eu/ He tenido ocasión de ocuparme de ello en "Agreement and Relational Justice: A Perspective from Philosophy and Sociology of Law" , en Sascha Ossowski (Ed.) *Agreement Technologies*, *LGTS*, n. 8, Springer Verlag, Dordrecht, Heidelberg, 2013, pp. 19-42

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Aquí se cierra el bucle iniciado en la primera sección, cuando partí de qué es la inteligencia para escribir este capítulo. Sólo ahora, más de cincuenta años después del Seminario de Darmouth, tenemos la oportunidad de comprender cómo se organiza la información en conocimiento, cómo se expande y cómo la vida social es capaz de generarse a partir del procesamiento en contextos interactivos y dinámicos. La Web Semántica constituye un paso en esta dirección. En mi opinión, no trata de describir un único mundo, sino de ayudar a construir un mundo único para todos y cada uno de los que en él habitan.

VII. Bibliografía Seleccionada*

A.A.V.V., *The Journal of Community Informatics,* vol. 8, núm. 2, 2012, Special Issue: Community Informatics and Open Government Data http://ci-journal.net/index.php/ciej/issue/view/41

Antoniou, G., y van Harmelen, F., *A Semantic Web Premier* (2004), New Haven, The MIT Press, 2008, 2ª ed., traducción castellana de N. Casellas y M. Atencia, *Manual de Web Semántica*, Ed. Comares, Granada, 2010.

Ashley, K.D**.,** "Designing Electronic Casebooks that Talk Back: The CATO Program", 40 *Jurimetrics Journal*, 2000.

Axelroad, R. *The complexity of cooperation: agent-based models of competition and collaboration*. Princeton studies in complexity. Princeton University, New Jersey, 1997.

Barabucci, Gioele; Cervone, Luca; Di Iorio, Angelo; Palmirani, Monica, Peroni, Silvio y Vitali, Fabio, "Managing semantics in XML vocabularies: an experience in the legal and legislative domain." Balisage: The Markup Conference 2010, Montréal, Canada, August 3 - 6, 2010. In *Proceedings of Balisage: The Markup Conference 2010*. Balisage Series on Markup Technologies, vol. 5, 2010. http://www.balisage.net/Proceedings/vol5/html/Barabucci01/BalisageVol5-Barabucci01.html

* Esta bibliografía tiene un carácter general e introductorio. El lector interesado encontrará en nota las referencias específicas del texto. véase especialmente la Nota 4 para completar las fuentes de información. He mantenido algunas obras ya antiguas, pero que permiten reconstruir la historia. Otras, en cambio, tienen carácter prospectivo, o muestran el estado de la cuestión en el campo de derecho, tecnología, IA y WS. Téngase en cuenta que en toda bibliografía de este tipo hay un sesgo personal.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

BENCH-CAPON, T.J.M., y, DUNE, P., "Argumentation in AI and Law: editors' introduction". *Artificial Intelligence and Law* [volumen dedicado a la IA y la argumentación jurídica], vol. 13, núm. 1, 2005.

BENJAMINS, V.R.; CASANOVAS, P.; BREUKER, J., y, GANGEMI, A. *Law and the Semantic Web. Legal Ontologies, Methodologies, Legal Information Retrieval, and Applications*, LNAI 3369, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2005.

BERMAN, D.; HAFNER, C. "The Potential of Artificial Intelligence to Help Solve the Crisis in Our Legal System", *Communications of the ACM*, vol. 32, núm. 8, 1989.

BERNERS-LEE, T., Tim Berners-Lee on the next Web. TED Talk. http://www.ted.com/talks/tim_berners_lee_on_the_next_web.html.

_____, Hall, W.; Hendler, J.A.; O'Hara, K.; Shadbolt, N.; and Weitzner, D.J. "A Framework for Web Science", *Foundations and Trends in Web Science*. vol. 1, núm. 1, 2006, 1-130

BIZER, C.; HEATH, T.; BERNERS-LEE, T., "Linked Data - The Story So Far", *International Journal on Semantic Web and Information Systems*, vol. 5, núm. 3, 2009.

BOELLA, G., y, VAN DER TORRE, L., "Substantive and procedural norms in normative multiagent systems", *Journal of Applied Logic*, vol. 6, 2008.

BOER, A. *Legal Theory, Sources of Law, and the Semantic Web*. Frontiers in Artificial Intelligence and Applications, 195, Ios Press, Amsterdam, 2009.

BONGIOVANNI, G.; POSTEMA, G.; ROTOLO, A.; SARTOR, G. y WALTON, D., *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Dordrecht, Heidelberg, Springer Verlag, 2014 (en preparación).

BOURCIER, D., *La décision artificielle*, Les voies du droit, PUF, Paris, 1995.

_____, (P. Casanovas, ed.), *Inteligencia artificial y derecho*, UOC, Barcelona, 2003.

BOURCIER, D., CASANOVAS, P., DULONG DE ROSNAY, M., y MARACKE, C. (eds.) *Intelligent Multimedia. Managing Creative Works in a Digital World*. European Press Academic Publishing, Florencia, 2010.

BREUKER, J.; CASANOVAS, P.; KLEIN, M.C.A., y FRANCESCONI, E. (eds.) *Law, Ontologies and The Semantic Web. Channelling the Legal Information Flood*. IOS Press, 2009.

BREUKER, J. y, HOEKSTRA, R., "A Cognitive Science Perspective on Legal Ontologies", en G. Sartor, P. Casanovas, M.A. Biasiotti, M. Fernández-Barrera, *Approaches to Legal Ontologies. Theories, Domains,*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Methodologies, Springer Verlag, LGTS núm. 1, Dordrecht, Heidelbeg, 2011, pp. 69-82.

BROOKS, R.A., *Cambrian Intelligence: The Early History of the New AI*. Mass., The MIT Press, 1999.

BUCHANAN, B. G. "A (Very) Brief History of Artificial Intelligence. *AI Magazine* 26, núm. 4, 2005, pp. 53-60. http://www.aaai.org/AITopics/bbhist.html

CASANOVAS, P., (ED.) *Internet y pluralismo jurídico. Formas emergentes de regulación*. Ed. Comares, Granada, 2003.

_____, "Legal Crowsourcing and Relational Law. What the Semantic Web Can Do for Legal Education" , *Journal of Australian Law Teachers Association*, vol. 5 , núms. 1-2, 2012.

_____, "Republicanismo y Justicia Relacional", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 35, 2012.

_____, "The Future of Law: Relational Law and Next Generation of Web Services", Fernández-Barrera M. et al. (eds.) *The Future of Law and Technology: Looking into the Future. Selected Essays*. European Press Academic Publishing, Florence, 2009.

CASANOVAS, P.; SARTOR, G.; CASELLAS, N. y RUBINO, R. (eds.) *Computable Models of the Law. Languages, Dialogues, Games, Ontologies*, LNAI, 4884, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2008.

CASANOVAS, P. y POBLET, M., "Justice via the Internet: Hopes and Challenges of Law and the Semantic Web", G. Peruginelli, M. Ragona (eds.), *Law via the Internet. Free Access, Quality of Information, Effectiveness of Rights*, European Press Academic Publishing, Florence, 2009.

CASANOVAS, P.; PAGALLO, U.; AJANI, G, y, SARTOR, G., (eds.) *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL I-II) The Semantic Web, multilingual ontologies, multiagent systems, distributed networks*. LNAI, Heidelberg, Berlin, Springer Verlag, 2010

CASELLAS, N., *Legal Ontology Engineering: Methodologies, Modelling Trends, and the Ontology of Professional Judicial Knowledge*. Law, Governance and Technology Series núm. 3, Springer Verlag, Heidelberg, Berlin, 2011.

CASELLAS, N.; FRANCESCONI, E.; HOEKSTRA, R. Y, MONTEMAGNI, S., *Proceedings of 3rd Workshop on Legal Ontologies and Artificial Intelligence Techniques* (LOAIT-2009), Barcelona June 8, 2009, IDT Series volume 2, pp. 19-28 http://www.huygens.es/site/service4.html.

CASTELFRANCHI, C.. "Symposium on Cognition and Rationality: Part I. Relationships between rational decisions, human motives, and emotions". *Mind & Society* 5, 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

CASTELLS, M.. *The Information Age: Economy, Society, and Culture. 1. The Rise of the Network Society* Oxford, Blackwell. Oxford, 2000.

_____, *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society*. Oxford University Press, 2001.

CONTINI, F. y LANZARA G. (eds.) *ICT and Innovation in the Public Sector: European Studies in the Making of E-Government: European Perspectives in the Making of E-government (Technology, Work and Globalization)*, Palgrave MacMillan, London, 2009.

DAVIES, J. ; STUDER, R., y, WARREN, P. (eds.) *Semantic Web Technologies. Trends and Research in Ontology-based Systems*. John Wiley & Sons, Chichester, UK, 2006.

DOMINGUE, J.; FENSEL, D. y, HENDLER, J.E. (eds.) *Handbook of Semantic Web Technologies*, Springer Verlag, Dordrecht, Heidelberg, 2011.

DURANTE, M. y, PAGALLO, U. *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Ed. Utet Giuridica, Torino, 2012.

ENDESHAW, A., "Web Services and the Law: a Sketch of Potential Issues", *International Journal of Law and Information Technology* 11, 2003.

ENGERS, van Tom, *Knowledge Management: The Role of Mental Models in Business Systems Design*, PhD thesis, Vrije Universiteit Amsterdam, 2001.

FABBRI, M. y CONTINI, F., *Justice and Technology in Europe: How ICT is Changing the Judicial Business,* Kluwer Law International, The Hague, 2001.

FEIGENBAUM, E.A., "A Personal View of Experts Systems: Looking Back and Looking Ahead", Knowledge System Laboratory, Report núm. 92-41 KSL, Stanford, 1992.

FERNÁNDEZ-BARRERA M. *et al.* (eds.) *The Future of Law and Technology: Looking into the Future. Selected Essays*. European Press Academic Publishing, Florence, 2009.

FETERIS, E., "A Survey of 25 Years of Reserach on Legal Argumentation", *Argumentation*, núm. 11, 1997.

GALINDO, F. y ROVER, A. *Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento*, Series LEFIS, n.7, Universidad de Zaragoza, 2009.

GANGEMI, A.; GUARINO, G.; MASOLO, M.; OLTRAMARI, A., y, SCHNEIDER, L.; "Sweetening Ontologies with DOLCE", *EKAW* 2002, pp. 166-181.

GARCÍA CAMINO, A.; NORIEGA, P., y, RODRÍGUEZ AGUILAR, J.A., "Implementing Norms in Electronic Institutions", *International Conference on Autonomous Agents Proceedings of the fourth international joint conference on*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

Autonomous agents and multiagent systems, The Nederlands, ACM, NY, 2005.

GARCÍA CAMINO, A.; RODRÍGUEZ AGUILAR, J.A.; SIERRA, C.; y, VASCONCELOS, W., "A Rule-based Approach to Norm-Oriented Programming of Electronic Institutions", *ACM SIGecom Exchanges*, vol. 5, núm. 1, 2006.

GARDNER A. L., *An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning.* Bradford Books/MIT Press, Cambridge, MA, 1987.

GILBERT, N. y CONTE, R. (eds.). *Artificial Societies. The Computer Simulation of Social Life*. Routledge, London and New York, 1995.

GUIBOURG, R.; ALENDE, J.O. y CAMPANELLA, E.M., *Manual de Informática Jurídica*, Ed. Astrea, B.A., 1996.

GONZÁLEZ-CONEJERO, J.; ALBERT MEROÑO-PEÑUELA, A.; y FERNÁNDEZ GÁMEZ, D., "Ontologies for Governance, Risk Management and Policy Compliance", *Proceedings of the Workshop on Modelling Policy-Making*, 2011 (MPM2011), http://wyner.info/research/Papers/JURIXMPMWorkshop2011.pdf

GRUBER, T., "A Translation Approach to portable ontologies", *Knowledge Acquisition*, vol. 5, núm. 2, 1993.

HAGE, J., *Studies in Legal Logic*, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2005.

HALLO Carrasco, M.; MARTÍNEZ-González, M. Mercedes; y DE LA FUENTE REDONDO, P., "Data models for version management of legislative documents", *Journal of Information Science*, vol. 39, núm. 4, pp. 557-572

HENDLER, J.A., y, FEIGENBAUM, E.A. "Knowledge is Power: The Semantic Web Vision", N. Zhong *et al.* (eds.) *WI 2001*, LNAI, 2198, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg.

HENDLER, J.A., y BERNERS-LEE, T. "From the Semantic Web to social machines: A research challenge for AI on the World Wide Web", *Artificial Intelligence*, vol. 174, 2010.

HITCHCOCK, D. y, VERHEIG, B. "The Toulmin Model Today: Introduction to the special issue on Contemporary Work using Stephen Edelston Toulmin's Layout of Arguments". *Argumentation*, vol. 19, 2005.

HUNTER, D. "Out of their minds: Legal theory in neural networks", *Artificial Intelligence and Law*, vol. 7, 1999.

KOWALSKI, R. A. "The Early years of Logic Programming", *Communications of the ACM*, vol. 31, núm. 1, 1988.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

LESSIG. L. *Code and other laws of the Cyberspace. Version 2.0.* , Basic Books, New York, 2006. https://www.socialtext.net/codev2/table_of_content, Versión castellana: http://traficantes.net/index.php/trafis/editorial/catalogo/coleccion_mapas/el_codigo_2_0

LODDER, A.R. *DiaLaw. On Legal Justificaction and Dialogical Models of Argumentation*, Kluwer A.P., Amsterdam, 1999.

LODDER, A.R. y ZELEZNIKOW, J. *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology*, Cambridge University Press, 2010.

LOZARES, C. (ed.) *Interacción, redes sociales y ciencias cognitivas*, Ed. Comares, Granada, 2007.

MARTINO, A.A. y CHINI, A. *Logica, informatica, diritto. Dall'informatica giuridica alle nuove tecniche legislative*, Frango Angeli, Milano, 2000.

MCCARTHY J.; MINSKY, M.L.; ROCHESTER, N., y SHANNON, C.E. "A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project in Artificial Intelligence", http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/Dartmouth/Dartmouth.html, 1955.

MCCARTHTHY, J. "Generality in Artificial Intelligence", Turing Award Lecture, *Communications of the ACM*, vol. 30, núm. 12, 1987.

MCCARTHTHY, J.; MINSKY, M.; BROOKS, R.; NILSSON, N. y HORWITZ, E. AI@50, *The AI Dartmouth Conference: The Next Fifty Years*, 2006, http://www.dartmouth.edu/~ai50/homepage.html

MCCARTY, L. T., *On the Role of Prototypes in Appellate Legal Argument*, ICAIL-91, Oxford, ACM, 1991.

MILLER, G. A., "The cognitive revolution: a historical perspective", *TRENDS in Cognitive Sciences*, vol. 7, núm. 3, March 2003.

MINSKY, M., "A Framework for Representing Knowledge", MIT-AI Laboratory Memo 306, June, 1974. Reimpreso en: P. Winston (ed.) *The Psychology of Computer Vision*, McGraw Hill, 1975.

NORIEGA, P., *Agent-Mediated Auctions: The Fishmarket Metaphor*. Ph.D. thesis, Universitat Autònoma de Barcelona (UAB), 1997, IIIA monography vol. 8

_____, "Regulating virtual interactions", en P. Casanovas, P. Noriega, D. Bourcier, F. Galindo (eds.), *Trends in Legal Knowledge: the Semantic Web and the Regulation of Electronic Social Systems*. European Publishing Academic Press, Florence, 2007.

OSSOWSKI, S., (ed.) *Agreement Technologies*, LGTS, Springer Verlag, Dordrecht, Heidelberg, 2013 (en preparación).

PAGALLO, U., *Introduzione alla filosofia digitale. Da Leibniz a Chaitin*, Giappichelli Ed., Torino, 2005.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

PALIWALA, A., *A history of legal informatics*. LEFIS Series, núm. 9, Prensas Universitarias de Zaragoza, LEFIS, 2010.

PALMIRANI, M.; PAGALLO, U.; CASANOVAS, P., y SARTOR, G. (eds). *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL 3), Models and Ethical Challenges for Legal Systems, Legal Language and Legal Ontologies, Argumentation and Software Agents*. XXV IVR World Conference in Social Philosophy and Philosophy of Law, Frankfurt 15th-20th August 2011, LNAI , 7639 Springer Verlag, Heidelberg, Berlin, 2012.

PEDRINACI, C. y DOMINGUE, J.,"Toward the Next Wave of Services: Linked Services for the Web of Data. *Journal of Universal Computer Science*, vol. 16, núm. 3 , 2010.

PÉREZ-LUÑO, A.E., *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987

PERUGINELLI, G. Y RAGONA, M. (eds.) *Law via the Internet Free Access, Quality of Information, Effectiveness of Rights*, EPAP, Florence, 2009.

PFEIFFER, R. y ILIDA, F., "Embodied Artificial Intelligence: Trends and Challenges", en F.Ilida et al., *Embodied Artificial Intelligence*, LNAI 3139, Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2004.

PLAZA, E.,"Semantics and Experience in the Future Web", en K.-D. Althoff et al. (eds.), ECCBR 2008, LNAI 5239, 2008.

POBLET, M. (ed.). *Expanding the Horizons of ODR. Proceedings of the 5th International Workshop on Online Dispute Resolution*. Series, núm. 7, Huygens, Barcelona, 2010.

_____ (ed.). *Mobile Technologies for Conflict Management: Online Dispute Resolution, Governance, Participation*. Law, Governance and Technology Series núm. 3, Springer Verlag, Dordrecht, Heidelberg, 2011.

POLLOCK, J.L., *Cognitive Carpentry. A Blueprint for How to Build a Person*. The MIT Press, Cambridge, Mass. 1995.

PRAKKEN, H., *Logical Tools for Modelling Legal argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer A.P., Amsterdam, 1997.

REED, C.; NORMAN, T.J. "A Roadmap of Research in Argument and Computation", *Argumentation Machines: New Frontiers in Argument and Computation*, Kluwer Academic Publ., Amsterdam, 2003.

RISSLAND, E.; ASHLEY, K. y LOUI, R.P., "AI and Law: A fruitful synergy", *Artificial Intelligence* vol. 150, 2003.

ROIG, A. (ed.) *Law and Web 2.0*. IDT Series, Huygens ed. Barcelona, 2009. http://idt.uab.es/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=77&Itemid=205

SÁNCHEZ-MAZAS, M., *Obras Escogidas*. vol. *II. Lógica, Informática y Derecho*. Universidad del País Vasco, Donostia, San Sebastián, 2003.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

SARTOR, G., *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione*. A. Giuffrè Ed., Milano, 1996.

_____, *Legal Reasoning. A Cognitive Approach to the Law*. Treatise. vol. V. Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2005.

_____, "Fundamental legal concepts: a formal and teleological characterisation", *Artificial Intelligence and Law*, vol. 14, 2006.

_____, *Corso de informatica giuridica*. vol. *1. L'informatica giuridica e le Technologies dell'informazione*, G. Giappichelli Ed., Torino, 2008.

SARTOR, G.; PALMIRANI, M.; FRANCESCONI, E., y, BIASIOTTI, M.A. (eds.) *Legislative XML for the Semantic Web. Principles, Models Standards for Document Management*. LGT Series núm. 4, Springer Verlag, Dordrecht, Heidelberg, 2011.

SCHORLEMMER, M. "Diez años construyendo una web semántica". *Lychnos*, CSIC, núm. 7. 2011 http://www.fgcsic.es/lychnos/es_ES/ar ticulos/construyendo_una_web_semantica

TISCORNIA, D., "Ontology-driven Access to Legal Information". *DEXA Workshop* 2001.

SEARLE, J.R., *The Construction of Social Reality*. Simon and Schuster, New York, 1995.

SERGOT, M. J.; SADRI, F.; KOWALSKI, R.A.; KRIWACZEK, F.; HAMMOND, P. Y, CORY, H.T. "The British Nationality Act as a Logic Program". *Communications of the ACM,* vol. 29, núm. 5, 1986.

SCHUMACHER, M. y, OSSOWSKI, S. "The Governing Environment", en D. Weyns, H. Van Dyke Parunak, and F. Michel (eds.), E4MAS 2005, LNAI 3830, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2006.

SIERRA, C; NORIEGA, P. "Towards layered dialogical agents" , *Intelligent Agents III Agent Theories, Architectures, and Languages ECAI'96 Workshop (ATAL) Budapest, Hungary, August 12–13, 1996 Proceedings*, LNCS 1193, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 1997.

SIMON, H.A., *The Sciences of the Artificial* (1996). The MIT Press. Versión española de Pablo Noriega, *Las ciencias de lo artificial*, Ed. Comares, Granada (Spain) 2006, reimpresa para la SMIA, México, 2006.

SLOMAN, A., "AI in a New Millenium: Obstacles & Opportunities", 2005, http://www.cs.bham.ac.uk/axs .

STEELS, L. "Semiotic Dynamics for Embodied Agents", *IEEE Intelligent Systems*, 2006.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875

_____, "Fifty Years of AI: From Symbols to Embodiment - and Back", M. Lungarella et al. (eds.). 50 Years of AI, Festschrift, LNAI 4850, 2007. Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2007.

STRANIERI, A. y, ZELEZNIKOW, J. *Knowledge Discovery from Digital Databases*, Springer Verlag, Dordrecht, Berlin, 2005.

SUSSKIND, R.S., *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford University Press, 2008.

THAGARD, P., *Conceptual Revolutions*, Princeton University Press, 1992.

VALENTE, A., "Types and Roles of legal Ontologies", in V.R. Benjamins, P. Casanovas, J. Breuker, A. Gangemi, *Law and the Semantic Web* LNAI 3369, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2005.

VALLBÉ, J.J.; FERNÁNDEZ-BARRERA, M.; CASELLAS, N. y, CASANOVAS, P. *Lecturas sobre Web Semántica y Ontologías Jurídicas. Aplicaciones para el derecho en la nueva generación de la Web*. Ed. Comares, Col. La Razón Áurea, núm. 4, Granada, 2012.

WALTON, D., *The New Dialectic. Conversational Context of Argument*, The University of Toronto Press, Toronto, 1995.

WINOGRAD, T., "From Computing Machinery to Interaction Design", in P. Denning, R. Metcalfe (eds.) *Beyond Calculation: The Next Fifty Years of Computing*, Heidelberg, Berlin: Springer-Verlag, 1997. http://hci.stanford.edu/winograd/acm97.html

ZELEZNIKOW, J. y, BELLUCCI, "Family-Winner: Integrating Game Theory and Heuristics to Provide Negotiation Support", *Proceedings of the Sixteenth International Conference on Legal Artificial Intelligence, ICAIL* '03, 2003.

CONTRIBUYENTES

Anne BARRON es Reader in Law en el London School of Economics, Reino Unido. Se especializa en teorías jurídicas críticas y propiedad intelectual. Es autora de "Kant, copyright and communicative freedom" (*Law and Philosophy*, 2012) y los capítulos "Foucault and Law" and "Legal Reason and its 'Others'" in Penner, Schiff and Nobles (eds.) *Jurisprudence and Legal Theory* (2002) [a.barron@lse.ac.uk]

Mauro BARBERIS es Profesor Ordinario de la Università degli Studi di Trieste, Italia. Se especializa en filosofía del derecho e historia de las ideas políticas. Entre sus libros más recientes destacan *Libertad* (2002) y *La heterogeneidad del bien* (2006), y algunos manuales de filosofía del derecho como *Breve storia della filosofia del diritto* (2004) y *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* (2008). [barberis@units.it]

Joxerramon BENGOETXEA. es Profesor titular de filosofía del derecho en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (Donostia-San Sebastian, España) y Coordinador del Programa de Doctorado y el International Master in Sociology of Law del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Sus investigaciones y publicaciones versan sobre la teoría del derecho, especialmente de la Unión Europea, el razonamiento jurídico europeo, la comparación de culturas jurídicas en Europa, la filosofía política aplicada a los nacionalismos subestatales (autodeterminación y regionalismos) y a la supranacionalidad. Entre sus obras se encuentran, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice* (1993), *Zuzenbideaz. Teoria kritiko trinkoa* (Sobre el Derecho. 1993) y *La Europa Peter Pan*, *El constitucionalismo europeo en la encrucijada* (2005). [joxerramon.bengoetxea@ehu.es]

Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ es Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Vigo, España. Se especializa en filosofía del derecho. Es autor de los siguientes libros (entre otros): *Objetividad y verdad en el derecho* (2002), *El imperio de la interpretación* (2003), *Argumentaciones orales en debates judiciales* (2006), *Dworkin* (2010). [bonorino@uvigo.es, pbonorino@hotmail.com]

Andrés BOTERO BERNAL es Profesor e investigador tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia. Sus campos de estudio son historia del derecho, filosofía del derecho y educación superior. Entre sus obras recientes se destacan *La tolerancia en la historia* (2009), *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho* (2010), y *Estudos de históra e filosofia do direito* (2013) [anbotero@udem.edu.co, botero39@gmail.com]

Alfredo BULLARD es Profesor de Análisis Económico del Derecho y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Se especializa en Análisis Económico del Derecho. Es autor y coautor de diversos libros, entre ellos,

Economía: el análisis económico de las instituciones legales (2006). [abullard@bullardabogados.com.pe]

José CALVO GONZÁLEZ es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga, España. Ha publicado más de un centenar de artículos y colaboraciones sobre temas de Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Filosofía Política, Derecho Constitucional en diversos países. Autor de *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces* (1996, 2ª ed. 2002); *El alma y la ley. Tolstói entre juristas. España 1890-1928*,(2010) y *El Escudo de Perseo* (2013). [jcalvo@uma.es]

Yezid CARRILLO DE LA ROSA es Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena y Profesor de la Universidad Libre. Se especializa en teoría de la argumentación jurídica y filosofía del derecho. Es autor de *Probleas y Paradigmas de la Ciencia Sociales y las Ciencias Jurídicas* (2008), *Temas y Problemas de la Filosofía del Derecho* (2009) *y Teorías de la argumentación jurídica* (2009). [yezidcarrillo@hotmail.com]

Pompeu CASSANOVAS es Director del Instituto de Derecho y Tecnología (http://idt.uab.cat) y catedrático acreditado de la Universidad Autónoma de Barcelona; *adjunct professor* del Royal Melbourne Institute of Technology (RMIT). Autor de más de trescientos trabajos científicos en filosofía, ciencias sociales y tecnología, co-dirige la colección *Law, Governance and Technology Series* en la editorial Springer y el *Journal of Open Access to Law* (JOAL) en la Universidad de Cornell. Trabaja regularmente sobre inteligencia social, web semántica, seguridad, resolución de conflictos y democracia digital [pompeu.casanovas@uab.cat; pompeu.casanovas@rmit.edu.au].

Jorge Luis FABRA ZAMORA es Doctorando en Filosofía, McMaster University, Canadá e Investigador Externo de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena. Se especializa en filosofía del derecho, filosofía de la responsabilidad civil y filosofía del derecho constitucional. Ha editado *Filosofía de la Responsabilidad Civil* (con Carlos Bernal, 2013) y "50th Anniversary Hart's Concept of Law" (con Imer Flores, Revista *Problema*, vol. 5, 2013). [jorgefabraz@gmail.com, fabrajl@mcmaster.ca]

Ricardo GUIBOURG es Profesor emérito de Teoría General del Derecho y Filoso- fía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Miembro de la llamada Escuela Analítica de Buenos Aires, ha publicado 17 libros y centenares de artículos sobre teoría general del derecho, lógica, ética, filosofía, informática jurídica, derecho del trabajo, administración de justicia y enseñanza del derecho Autor de *Informática jurídica decisoria* (como coautor y recopilador) y *Manual de informática jurídica* (en colaboración). Ha presidido las asociaciones argentinas de derecho del trabajo, de filosofía del derecho y de teoría general de sistemas y cibernética. [pachigui@gmail.com]

Pablo IANNELLO es Profesor de la Universidad Torcuato Di Tella y Profesor de Análisis Económico del Derecho, Derecho Comparado y Filosofía del Derecho en la Uni-

Pablo IANNELLO es Profesor de la Universidad Torcuato Di Tella y Profesor de Análisis Económico del Derecho, Derecho Comparado y Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, UADE (Argentina). Se especializa en derecho comparado, filosofía del derecho y derecho comercial. [iannello@eseade.edu.ar]

Brian LEITER es Karl N. Llewellyn Professor of Jurisprudence and Director, Center for Law, Philosophy, and Human Values, University of Chicago, Estados Unidos. Su intereses están en teoría del derecho (incluyendo la intersección con asuntos en metafísica y epistemología), filosofía política y moral (en las tradiciones analítica y continental) y derecho de la evidencia. Sus libros incluyen *Nietzsche on Morality* (2002), *Naturalizing Jurisprudence* (2007), y *Why Tolerate Religion?* (2013). [bleiter@uchicago.edu].

Andres MOLINA OCHOA es es profesor de filosofía en la Universidad Estatal de Nueva York en Old Westbury, Estados Unidos. Se especializa en temas de filosofía del derecho, derechos humanos y empresa, y filosofía budista. Es autor de varios artículos sobre teoría jurídica publicados en diversas revistas latinoamericanas. [amolina1@binghamton.edu]

José Juan MORESO MATEOS es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra, España. Principalmente ha trabajado en Teoría del Derecho, prestando especial atención en la estructura y el dinamismo de los sistemas jurídicos, aplicando las contribuciones de la lógica deóntica. Su investigación más reciente se basa en los fundamentos filosóficos de la Constitución, que comprende un amplio abanico en el que coinciden varias áreas, como: metaética, filosofía del lenguaje, teoría de la interpretación y la argumentación del Derecho, filosofía política y teoría de la democracia. Entre sus obras se destacan *Introducción a la teoría del derecho* (2004), *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho* (2006) y *Constitución, modelo para armar* (2009). [josejuan.moreso@upf.edu]

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO es Profesor de la Universidad Austral de Chile. Entre sus líneas de investigación destacan la teoría de la ciencia jurídica, la interpretación jurídica, el realismo jurídico, la teoría de la democracia y la teoría de género. Ha publicado diversos artículos en revistas de reconocido prestigio internacional como *Analisi e Diritto*, Anuario de Filosofía del Derecho o *Diritto e Questioni Pubbliche*. [alvaro.nunez.vaquero@gmail.com]

Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ, Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de los Andes, Chile. Se especializa en temas de teoría analítica del derecho (en particular, teoría del derecho natural) y temas especiales de ética y de filosofía política. Es autor de *H.L.A. Hart. Abogado del Positivismo Jurídico* (1997), *Analítica del Derecho Justo* (2005) y *La doble cara del liberalismo político* (2010), entre otros. [corregos@gmail.com]

Silvina PEZZETA es Investigadora Asistente CONICET y Profesor Epistemología y Metodología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Se especializa en sociología jurídica, filosofía del derecho y educación jurídica. Es autora de "¿Qué investigar sobre la enseñanza del Derecho en las facultades de Abogacía? El techo de cristal en la investigación socio jurídica" (2011) y "Un marco teórico para la investigación jurídica" (2011) y "El derecho a la salud en la provincia de Santa Fe" (2012) [silvinapezzetta@gmail.com].

Susanna POZZOLO, Profesora Università degli studi di Brescia. Se especializa en filosofía del derecho, derecho constitucional, informática jurídica y teorías de las justicias. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi, Appunti per un diritto che cambia* (2012); *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico* (2011) y *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces de teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição* (2010). [pozzolo@jus.unibs.it]

Rosa RICOY es Profesora del Área de Ciencia Política y de Administración de la Universidad de Vigo, y Profesora de Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Ha adelantado investigaciones en Teoría Jurídica Feminista, Derechos Fundamentales y Protección de datos. Es autora de "*¿Qué igualdad?. El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español, y las políticas públicas para su erradicación*" (2010) [rricoy@uvigo.es]

Marta ROCA I ESCODA es Profesora de Sociología del Derecho e Investigadora del Instituto de Derecho y Tecnología de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Se especializa en sociología jurídica y estudios de género. Además de varios capítulos de libros y artículos en revistas científicas, ha publicado una parte de su tesis doctoral en un libro titulado *La reconnaissance en chemin. L'institutionnalisation des couples homosexuels à Genève* (2010). [Marta.Roca@uab.cat]

Verónica RODRÍGUEZ-BLANCO es Profesora Asociada (Senior Lecturer) en la Universidad de Birmingham, Reino Unido. Se especializa en filosofía del derecho, en particular, las áreas de metodología del derecho, la objetividad jurídica y el carácter normativo del derecho. Ha publicado en prestigiosas revistas arbitradas (*Oxford Journal of Legal Studies, Legal Theory, Ratio Juris, Canadian Journal of Law and Jurisprudence and Archives für Rechts- und Sozialphilsophie*). Es autora *Meta-ethics, Moral Objectivity and Law* (2004) y *Law and Authority Under the Guise of the Good* (2014), además, de editora de *Practical Normativity: Essays on Reasons and Intentions in Law and Practical Reason* (con G. Pavlakos, 2014). [v.rodriguez-blanco@bham.ac.uk]

Isabel TRUJILLO es Catedrático de Filosofía del Derecho de Profesora Titular de la Università degli Studi di Palermo, Italia. Se especializa en teoría jurídica, filosofía política y ética profesional. Es autora de *Etica delle professioni legali* (2013), *Guistizia globale. Le nuove frontiere dell'eguaglianza* (2007) y *Imparzialità* (2003, traducida al español en 2007).[isabel.trujillo@unipa.it]